EMUNDI
MERILLII
TRICASSINI J. C.

A Consiliis Regis, Antecessoris in Academia Metropolis Biturigum Primicerii

PARS SECUNDA.

EXPOSITIONES.
IN QUINQUAGINTA DECISIONES
JUSTINIANI.

NEAPOLI, A. 1720. Operis Typographicis Felicis Mosca.

SUMTU BERNARDINI GESSARI.

CENSORUM FACULTATE, ET PRIVILEGIO.

ILLUSTRISS. ET AMPLISSIMO VIRO

NICOLAO VERDUNO

Sacri Conſiſtorii Conſiliario, Fratris Regis unici Cancellario, Senatûs Pariſienſis Principi

EMUNDUS MERILLIUS S.

I*N Carmania gemmae Callaidis, ex genere Topaſii, venatum talem eſſe perhibent Vir Illuſtriſſime*. Naſcitur in rupibus inviis, & gelidis, oculi figurâ extuberans, leviterque adhaerens; nec ut agnata petris, ſed ut appoſita. Quapropter ſcandere ad eam pigritià pedum equeſtres populos taedet, ſimul & periculum terret: Ergo fundis è longinquo inceſſunt, & cum toto muſco excutiunt: hocque vectigal, hoc geſtamen, divites in cervice gratiſſimum norunt: hic cenſus, haec gloria à pueritia dejectorum numerum praedicantium: in quo varia fortuna, quidam ictu primô coepere preaclaras, multi inſectandô nullas: & venatus quidem Callaidis talis. *Nec abſimilis mihi ſtudioſorum vita eſſe videbatur. Rupes inviae, & inacceſsae mihi difficultatem referebant, quae ſcientiarum aditum circumſepit. Gemmae oculi figurâ in rupibus extuberantes, ſcientiarum quaeque illuſtria, quae inſtar oculorum, & luminum in ipſis emicant. In Carmania ſunt equeſtres populi, quos & pedibus ire taedet: ſtudioſi res humiles abjiciunt, & ſublimioribus cogitationibus ſupra terram ſeſe efferunt. Illi ad dejiciendas gemmas rupes fundis inceſſunt; hi ſuas cogitationes ad excutienda ſcientiarum lumina jaculantur: illi plures gemmas dejeciſſe magno ducunt ornamento; hi plura in ſcientiis obſervaſſe gloriantur: illi numerum à pueritia*

vitia dejectarum praedicant ; hi res observatas in lucem prodere gestiunt : apud illos quidam primò ictu praeclaras capiunt ; apud hos quidam primis cogitationibus optima quaeque observant : apud illos alii fundas saepe in rupes immittunt, nec gemmas, sed muscum dejiciunt ; apud hos alii omnes suas cogitationes in scientiarum studia defigunt, adeo tamen infelices, ut nihil nisi muscum, id est, nugas ex hujusmodi cogitationibus assequantur. Decessores quidem nostri (qui in hacce Academia plurimi, & maximi juris civilis scientiam professi sunt) tam feliciter cogitationes suas in hoc studium defixerunt, ut jam omnes gemmas ex libris juris civilis excussisse, omnemque posteris gloriae segetem praemessuisse videantur. Sed quemadmodum in rupibus illis Carmaniae, gemmis dejectis, aliae subnascuntur ; semperque accolis sufficiunt, ut iis dejiciendis sese exerceant : ita & in libris juris multa in dies succrescunt, quibus professores seduli, nec cum inertia sua colludentes, possint exerceri. Quod tu (vir Illustrissime) mihi in animum olim inducebas, cum in Senatu Tholosano Protopraeses, ad juris docendi provinciam mihi primâ adolescentiâ impositam strenuè gerendam, gravissimis (ut soles) verbis excitares. Ex eo jam tempore expositiones quinquaginta Decisionum Justiniani affeceram, ut quàm primùm testarer, quid tua in me hortamenta potuissent : nisi affecissem, nunc perfecisse vix contigisset. Ac nisi subitarius calor ad id audendum impulisset, perficiendae rei diffidentia, vel aliarum occursus avertisset. Nunc igitur totius operis consummationem habeas ; quod tuô nomine coeptum, tuô etiam nomine perfectum est. Minùs gratum fore non vereor ; novi pridem, quàm religiosè juris scientiam colas, aliisque colendam praecipias. Et miratus sum nuper, quòd cum ingeniosissimus adolescens Franciscus Villemontanus sororis filius, auditâ patris morte à nobis digressus fuisset ; eum vix parentari siveris, & confestim redire jusseris : ne legitimum illud tempus, quod in Academico solo ad usucapiendam juris civilis scientiam veluti ex XII. Tabulis continuum esse debet, aliquatenus usurpatum putaretur. Qualecumque istud operis aliis, mihi satis fuerit, si ad solam mei erga te animi testationem proferatur. Vale. Avarici Biturigum, pridie Non. Februar. M. DC. XVIII.

DE

DE QUINQUAGINTA DECISIONIBUS JUSTINIANI.

IN ipsis civilis juris cunabulis, nec multò post leges XII. Tab. latas, Jurisconsulti jus tractare, hoc est, contrariis rationibus de jure certare amaverant: ut ita saepe de eâdem re aliter Bruto, aliter Scaevolae, aliter Servio placuerit. Istae verò dissensiones auctae sunt, Atejô Capitone, atque Antistiô Labeone in diversas sectas abeuntibus; magnisque deinceps auctoribus, utrinque suas opiniones tuentibus, qui longâ successione diversas scholas tenuerunt, & ab iis nomen acceperunt. Ita magnam juris civilis libris confusionem induxerant, adeò ut ante Justin. Marcellinus scripserit *lib. 30. Quidam jurisprudentiam professi, quam repugnantium sibi legum abolevere dissidia.* Et Anonymus ille post notitiam utriusque imperii: *Restat unum de tua serenitate remedium, ut confusas legum, contrariasque sententias, improbitatis relictô litigiô, judiciô Augustae dignationis illumines; quid enim sic ab honestate consistit alienum, quàm ibidem studia exerceri certandi, ubi justitiâ profitente discernuntur merita singulorum?* Paulus Warnafidus *lib. 1. de gestis Longobardorum cap. 25. de Justiniano: Leges quoque Romanorum, quarum prolixitas nimia erat, & inutilis dissonantia, mirabili brevitate correxit.* Justinianus igitur cûm jus confusaneum digerere, & purgare instituisset; easque controversias passim in libris Jurisconsultorum reperiret, tunc quinquaginta Decisiones edidit, ut profitetur in constitutione *De emendat. C. Justin.* Nec in ullô aliô opere Tribonianus magis ingeniosus sibi videri voluit, quàm ut subtili suô (quô sanè pollebat) ingeniô controversias, &, ut vocitat, jurgia, altercationes decidisse videretur. Nam in §. *libertinorum. Instit. de libertinis*, Tribonianus ita sibi tribuit quinquaginta Decisiones, quasi id suâ solùm operâ praestiterit, non aliorum; veluti Dorothei, Theophili, quibus simul Justin. digerendi, atque emendandi juris curam demandarat. Sanè haud levis ea fuit Triboniani industria, gravissimas totius juris quaestiones decidisse; quarum tàm probabiles utrinque rationes fuerant, ut plurimis annis indecisae permanserint, quaeque vix decidi posse videbantur, ut Justinianus ipse testatur in *L. penult. C. de necessar. serv. hered. instit.*

Quô tempore editae fuerint quinquaginta Decisiones Justiniani.

POst editionem primi Codicis Justinianus quinquaginta Decisiones promulgavit: ita enim ille in constitutione *De emendat.C.Justin.* §. 1. *Postea verò, cùm vetus jus considerandum recepimus, tam quinquaginta Decisiones fecimus, quàm alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus: quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus, & coarctatus est; omneque jus antiquum supervacuâ prolixitate liberum, atque enucleatum, in nostris Institutionibus, & Digestis reddidimus.* Codex primus editus fuit 7. *Idus Aprilis, Deciô Consule.* Ab illo igitur die quinquaginta Decisiones edi potuerunt, non antea; & propterea *Lex ult. C. quando tut. vel curat.* & *Lex magnam C. de contrah. stipul.* in quibus altercationes juris antiqui tolluntur, non sunt ex quinquaginta illis Decisionibus, quæ post editionem primi Codicis promulgatae fuerunt: quia, ut docet earum subscriptio, quibusdam diebus primi Codicis editionem praecesserunt. At Justinianus tunc quinquaginta Decisiones fecit, cùm jam primum Codicem emisisset; cùmque postea jus vetus considerandum recepisset, hoc est, de Pandectis componendis cogitasset, potuit quidem Deciô Consule edi aliqua Decisio post Idus Aprilis, quibus prior Codex exierat; veruntamen nullam Deciô Consule Decisionem editam reperi, observatis subscriptionibus, quarum nonnullae in vulgatis codicibus desunt, sed eas restituimus ex Mss. codicibus V. C. Francisci Pithoei popularis nostri, qui & suam nobis hac in re operam lubens commodavit. Tribus solùm annis quinquaginta Decisiones editas deprehendi, permixtim *ad Julianum, & Joannem* scriptas, *Lampadio & Oreste Coss.*, *post Consulatum Lampadii & Orestis anno secundo*, hoc est, anno 4. 5. & 6. imperii Justiniani: & tribus illis quidem annis, quibus Pandectarum compositioni Justinianus incumbebat; quorumque spatiô Digestorum consummationem fecisse gloriatur, in constitutione *De confirmat. Digestor.* §. *omni igitur*. Priùs tamen quinquaginta Decisiones aggressus fuerat, quàm Digestorum compositionem: Edita est enim ex quinquaginta Decisionibus, *L.* 1. *C. de comm. servo manum. Kalend. Aprilis Lampadio, & Oreste Coss.* At non nisi 18. *Kalend. Januarias*, iisdem Coss. Digesta fieri mandantur, ut habet subscriptio constitutionis *De concept. Digestor.* Tribus illis igitur solùm annis Justinianus suas Decisiones promulgavit: quia anno sequente, hoc est, imperii Justin. anno 7. *Justiniano* III. *& Paulino Coss.* institutiones edidit, in quibus quinquaginta Decisionum meminit. Indeque rectè colligitur, post Institutionum editionem, nullam ex quinquaginta Decisionibus fuisse promulgatam.

De numero quinquaginta Decisionum Justiniani: an non plures, vel pauciores, in Codice Justinianaeo reperiantur.

CErtum est, Justinianum quinquaginta Decisiones edidisse, post editionem primi Codicis, ut constat ex constitut. *De emendat. C. Justin.* habitâ

bitâ fortè ratione ad libros quinquaginta Digestorum, ut totidem Decisiones faceret, quot libros Digestorum: namque ille numerus multitudinis. Servius ad illud Virgilii 1. Aeneid. v. 703. *Quinquaginta intus famulae*. Hoc est, *multae*. Vel quia illius numeri concinnitas Justiniano placuerat; nam & centum quinquaginta civitates eum reparasse scribit Evagrius *lib. 4. histor. Eccl. c.* 18. Et quidem quinquaginta istae Decisiones, licèt diversis trium annorum temporibus editae essent; tamen postea in unum corpus redactae fuisse videntur, ut colligi potest ex *L. unic. §. his ita. C. de caduc. toll.* ubi cùm Justinianus vellet intelligere *L. 20. C. de jure delib.* Decisiones laudavit; & in *§. quae de fullone. Instit. de oblig. quae ex delict.* cùm vellet intelligere *L. ult. C. de furtis*: quasi non separatim editae essent, sed cum aliis Decisionibus. Tum quia in *§ libertinorum, Inst. de libertinis*, & in d. const. *De emendat. C. Justin.* Decisiones separat à constitutionibus. Sed, ut certum est, Justin. quinquaginta Decisiones olim edidisse; ita valde incertum, an non plures, vel pauciores in Cod. Justinian. insertae fuerint, in quo omnes quotquot adhuc scripserunt haesisse video; nec satis constanter quinquaginta Decisiones in Cod. Justin. consignasse; cùm alius istam constitutionem inter Decisiones admittat, alius respuat. Et quidem pauciores fortè Codici repetitae praelectionis insertae fuerunt: quia ut nonnullas constitutiones in priori Codice editas, Justin. in secunda illius editione praetermisit, ut ipse testatur in praefatione *Novell.* 19. & deprehendi satis potuit ex *§. ante. Inst. de legat.* ubi constitutionis meminit, quae in Cod. desideratur, atque alibi saepe; ita fieri potuit, ut dum Codicem secundum ederet, quasdam Decisiones praetermiserit. Tum quia nonnullas Decisiones postea emendasset, quod apertè profitetur in d. constitut. *De emendat. Cod. Justin.* §. 2. *Quippe cùm earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliore consilio permutationem, vel emendationem desiderabant*. Contra verò dubitari potest, an non Justin. quinquagenarium istum numerum in secunda editione Codicis excesserit; tum quia Decisiones, quae erant in priori Codice, secundo inseruerit, ut *L. ult. C. quando tut. vel curat. esse desin.* & *L. magnam. C. de contrah. stipul.* Tum quia fortè unam Decisionem in duas partitus fuerit, ut competentibus titulis supponeret, d. constitut. *De emendat. Cod. Justin.* §. 2. propterea existimavit, *L. 6. C. de curat. furios.* cum *l. 9. C. qui testam. fac. poss.* unam fuisse Decisionem, quae in duas dissecta fuerit: Tum quia fieri potuit, ut, dum Justinianus Pandectis componendis operam daret, quinquaginta Decisionibus, quas ante fecerat, nonnullas alias adjecerit; & ita plures, quàm quinquaginta Decisiones, in Codice Justinianaeo reperiri possint: quod facilè admitterem.

Quâ notâ Decisiones à Constitutionibus dignosci possint.

PErmixtim editae fuerunt quinquaginta Decisiones, & variae constitutiones Justiniani, inter quas non facile est Decisiones à constitutionibus dignoscere. Id ex inscriptione constare non potest, nam plurimae constitutiones, ut & Decisiones, *ad Julianum, & Joannem* praefectos praetorio scriptae sunt: neque ex subscriptione, quia iisdem temporibus

 sub-

constitutiones, quibus & quinquaginta Decisiones, editae fuerunt; ut ex subscriptionibus deprehenditur: & Justinianus ipse profitetur in constit. *De emendat. Cod. Justin.* §. 1. Incertam distinctionem facit maximè, quòd constitutionis nomen commune sit Decisionibus: siquidem *Lex 1. C. de commun. serv. manumis.* est Decisio, sed eadem constitutio dicitur §. *ult. Instit. de donationib.* *Lex penult. C. de necess. serv. hered. instituend.* est Decisio, eadem constitutio dicitur in §. *idemque juris, Instit. quib. ex caus. manumitt. non licet*: & in §. 1. *Instit. de hered. instituend.* *Lex si furiosi. C. de nupt.* est Decisio, eadem constitutio dicitur in §. 1. *Instit. de nupt.* *Lex 16. C. de usufruct.* est Decisio, eadem constitutio dicitur in §. *finitur. Instit. eod.* Vicissim Decisionis verbum commune est responsis prudentum, & constitutionibus principum: ut in constitut. Justiniani *De confirmat. Digestor.* §. 1. *Nomenque libris imposuimus Digestorum, seu Pandectarum, qui omnes disputationes, & Decisiones in se habent legitimas.* Et in constit. ad Senatum, §. *tanta.* 10. *Hoc decisum est, & definitum.* In *L. unic. C. de nud. jur. Quirit.* ita loquitur Justinianus: *Antiquae subtilitatis ludibria per hanc Decisionem expellentes.* Et tamen non est Decisio, nec in eâ jus controversum deciditur. Denique in omnibus Decisionibus Justiniani verbum Decisionis non reperitur, sed tantùm in viginti novem ex his, quarum syllabum subjecimus; & in *d. L. unic. C. de nud. jur. Quirit. tollend.* Adeò ut si ipsum Decisionis nomen attendamus, non sint quinquaginta, sed solùm triginta in Cod. Justinianaeo Decisiones. Eâ autem notâ Decisiones à constitutionibus dignosci possunt, quòd in Decisionibus controversiae antiquorum Jurisconsultorum decidantur, §. *libertinorum. Instit. de libertin.* *Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras Decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso, quaestore nostro, antiqui juris altercationes placavimus*: In constitutionibus aliis Justiniani jus, vel quod erat desuetum, abrogatur; vel quod erat certum, immutatur; vel quod erat dubium, interpretatione suppletur; vel quod erat superfluum, coarctatur, vel differentia quaedam tollitur: & ut Tertullianus *lib. de oration.* in princip. *Quidquid retrò fuerat, aut demutatum est, aut suppletum, aut impletum, aut perfectum.*

De quibusdam Justiniani constitutionibus, quae Decisionibus Justiniani adnumerandae videri possunt.

IN plerisque Justiniani constitutionibus controversiae juris antiqui tolluntur, quae tamen quinquaginta Decisionibus à Justiniano editis post primum Codicem, minimè adnumerandae sunt, licèt iisdem temporibus editae. Etenim existimo species aliquas solas, tractatas, & controversas inter Juris auctores, Justinianum quinquaginta illis Decisionibus componere voluisse. In plerisque autem constitutionibus controversiae Juris antiqui; non circa aliquam speciem, sed generaliter tolluntur. Veluti circa petitionem hereditatis, *L. ult. C. de petit. hered.* Nudum jus Quiritium, *L. unic. C. de nud. jur. Quirit. tollend.* (in quâ est verbum decidendi) Praescriptionem longi temporis, *L. ult. C. de praescript. long. tempor.* Missionem in bonorum possessionem rei servandae causa. *L. ultim. C. de bon. auct. judic. possid.*

fid. (quae dicitur generalis constitutio .) Sententias, *L. unic. C. de sentent. quae pro eo , quod interest.* Novationes , *L. ult. C. de novationib.* & *§. penult. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Eâque ratione *L. ult. §. fin autem. C. de curat. furios.* à numero quinquaginta Decisionum expungendam censui , quia Justinianus in eâ non principaliter aliquam speciem decidere voluit ; sed constitutionem generalem emittere de auctoritate curatoris furiosorum : *In omnibus contractibus* , (ut ipse loquitur in *L. ultim. C. pro socio*) incidenter autem in *d. §. fin autem* , quaestionem inter veteres tractatam decidit . Illae etiam constitutiones Justiniani in numerum Decisionum referendae non videntur , in quibus dubitationes veterum removentur , & supplentur , ut in *L. penult. §. licèt. C. de recept. arbit. L. si. quis. 34. C. de inoffic. testam. L. ult. C. de testib. L. penult.* & *ult. C. pro socio, L. ult. C. de donat. inter vir.* & *uxor. L. 30. C. de testam.* & *quemadm. test. L. ult. C. de hered. instituend. L. penult.* & *ult. C. de instit. & substit. L. ult. C. comm. de legat. L. penult.* & *ult. C. ad l. Falcid. L. ult. C. de testam. manum.* In his enim jus controversum non deciditur , sed , quod erat dubium , interpretatione suppletur , aut tollitur . Quod saepissimè accidere potuit concinnatoribus Pandectarum , ut necesse esset aliquam dubitationem supplere , aut tollere , post quinquaginta Decisiones editas : quod deprehendi potest ex *d. L. ult. C. pro socio* ; quae supplet *d. L. ult. C. de curat. furios.* (& quidem *d. L. ult. C. pro socio* , est Decisio , sed non ex illis quinquaginta) atque etiam ex *L. ultim. C. de necess. serv. hered. Institut.* quae supplet Decisionem *L. penult. C. eod.* Nec sunt Decisiones , ubi differentiae juris antiqui tolluntur , ut in *L. antiquae. 23. C. ad Senatusconf. Vellejan. L. ultim. C. deposit. L. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. L. ultim. C. de auctorit. praest. L. 11. C. de contrahend. & committ. stipulat.* aut si quando in judiciis aliqua contentio exorta deciditur , ut in *L. ult. C. de natural. liber. L. 1.* & *ultim. C. de annal. except. L. ult. C. de aedific. privat. L. ult. C. qui bon. ced. poss. L. 14. de contrah. & committ. stipulat. L. ult. C. de donat. caus. mort.* Aut inter advocatos Illyricianae , Palaestinae , & Caesariensis advocationis , ut in *L. ult. C. de pact. L. ult. C. de advocat. diversor. judicum, L. ult. C. de verbor. signific. L. si major. C. de legitim. heredib. L. ult. C. unde vi* , & *L. penult. C. de fidejussor.* quia non sunt controversiae juris antiqui : sed nota ea decisionum propria est , ut in his juris antiqui controversia tollatur . Quod superiori capite ostendimus.

De quinquaginta Decisionibus Justiniani hìc expositis .

EX his , quae de quinquaginta Decisionibus Justiniani praemisimus , satis deprehenditur , quàm sit anxium inter varias Justiniani constitutiones , quinquaginta illas Decisiones vindicare , post editionem primi Codicis latas , & , ut videtur , in unum corpus redactas . Nisi ut Appion Grammaticus olim Homeri manes , *ad eum percontandum quâ patriâ , quibusque parentibus genitus esset* ; ita & aliquis umbras evocaret , ad percontandum Tribonianum , an quinquaginta Decisiones priùs editas , omnes Codici repetitae praelectionis inseruerit : & quaenam sint Decisiones , inter varias constitutiones Justiniani eidem Codici insertas . Nos quidem syl-

syllabum quinquaginta Decisionum fecimus; nec tamen eas esse praestamus, quas Justinianus edidisse se profitetur: id nullus certò asseverare, aut etiam negare audeat: utcumque sit in quinquaginta istis Decisionibus controversias juris antiqui restituimus, quae non ita facilè in aliis constitutionibus restitui possent. Vestigia inquisivimus, rationes collegimus, quibus juris auctores contrarias sententias tuebantur; quas non semper Justinianus retulit, & divinandas nobis reliquit. Conjecturâ saepiculè usi sumus: quod enim Lucius Seneca *lib. 1. natural. quaestion. cap. 3. In aliis rebus vaga inquisitio est, ubi non habemus, quod manu tenere possimus, & latè conjectura mittenda est*; ita in exponendis istis Decisionibus, conjectura latè mittenda fuit. Et quidem si Justinianus in decidendis controversiis conjecturâ utitur, ut in *L. 21. C. de furt.* cùm integros haberet Codices Jurisconsultorum: quid nos, sublatis illis Codicibus, paucis, & contra mentem Triboniani manentibus vestigiis, in Pandectarum libris, aliter quàm conjecturis extundere potuimus? Ordinem autem subscriptionum sequi satius visum est, quàm quô in Codice relatae sunt: & nonnullas subscriptiones restituimus, *L. 6. C. de curat. furios.* & *L. 9. C. qui testam. facer. poss.* quae eandem habent subscriptionem, pro una computantes.

SYLLABUS QUINQUAGINTA DECISIONUM JUSTINIANI

Expoſitarum ſecundùm ordinem temporis, quô editae fuerant.

*Subſcriptiones, quae in vulgatis deſunt, ex Mss. codicibus reſtitutas * aſteriſcus ſignat.*

Deciſiones editae Lampadio, & Oreſte Coss.

Kalend. Aprilis.	Lex 1. *C. de commun. ſerv. manum.*	I.
12. Kal. Auguſt.	*Lex ultima C. ad Senatuſconſ. Maced.*	II.
10. Kal. Auguſt.	*Lex 24. C. de nupt.*	III.
Kalend. Auguſt.	*Lex 12. C. de uſufruct.*	IV.
	Lex penult. C. de condict. indebit.	V.
	Lex penult. C. ad Senatuſconſult. Vellejan. *	VI.
	Lex ultim. C. de contrah. empt. *	VII.
	Lex 20. C. de furt.	VIII.
	Lex ultim. C. de praetor. pignor.	IX.
	Lex 13. C. de contrah. & committ. ſtipulat.	X.
Idib. Auguſt.	*Lex ultim. C. arbitr. tutel.*	XI.
Kal. Septemb.	*Lex 6. C. de curator. furioſ.* & *L. 9. C. qui teſtam. fac. poſſ.*	XII.
	Lex ult. C. de furt.	XIII.
	Lex penult. C. de adoptionib.	XIV.
18. Kal. Octob.	*Lex 13. C. de uſufruct.*	XV.
15. Kal. Octob.	*Lex 14. C. de uſufruct.*	XVI.
10. Kal. Octob.	*Lex 15. C. de uſufruct.*	XVII.
Kalend. Octob.	*Lex 16. C. de uſufruct.*	XVIII.
	Lex ult. C. de condict. indebit.	XIX.
	Lex 25. C. de nupt. *	XX.
	Lex 26. C. de nupt. *	XXI.

Lex

Decisiones editae post Consulatum Lampadii, & Orestis.

Decisiones editae post Consulatum Lampadii, & Orestis anno secundo.

EMUN-

EMUNDI MERILLII J.C. EXPOSITIONES IN QUINQUAGINTA DECISIONES JUSTINIANI.

I. *Lex 1. C. de comm. serv. manumiss.*

Imp. Justinianus A. Juliano Praefecto praetorio.

IN communes servos, eorúmque libertates, & quando cuidam domino pars libertatem imponentis accrescit, necne, & maximè inter milites, qui hujusmodi imponunt libertates, ambiguitas multa exorta est apud veteres juris auctores; & inventa est constitutio apud Martianum in constitutionibus Divi Severi, per quam idem Imperator disposuit, necessitatem imponi heredibus militis comparare partem socii, & servum libertate donare. Sed & alia constitutio Divorum Severi, & Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio, partem suam socio vendere, quatenus servo libertas imponatur: licèt nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio, videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae Ulpianus libro sexto fideicommissorum, & Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi & hoc relatum est, quod & Sextus Aelius juris antiqui conditor definivit, socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod & Marcellus apud Julianum in ejus Digestis notat; hocque Marcellum, cùm Julianum notaret, retulisse palam est. 1. His itaque apud veteres juris auctores inventis, decidentes *tales altercationes, generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis, seu privati in servis communibus; sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos, sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat; necessitatem habente socio vendere partem suam, quantam in servo possidet, sive dimidiam, sive tertiam, sive quantamcumque. Et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente, alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi ejus, licèt & ipse communis servus heres institutus sit, & hoc moriturus dixerit: ita tamen, ut omnimodo ipse, qui partes alias comparaverit, vel heredes ejus libertatem imponant. 2. Sin autem socius, vel socii recusaverint pretium accipere, licentiam ei damus offerre hoc per publicas personas, & sigillo impresso in aedem sacram deponere, & sic habere facultatem servum libertate donare,*

& eum habere plenissimam libertatem, & civitate Romana perfrui, & nullum timere ex sociis: sibimet enim imputent, si cùm liceret eis lucrari pretium, hoc accipere distulerunt. 3. *Sed ne circa peculium servi aliqua fiat dubitatio, peculium ejus in omnes socios pervenire jubemus ex partibus, pro quibus quisque dominium servi possidet: licentia concedenda ei, qui libertatem moriens imponit, etiam ejus peculium, quod ei attingit, libero concedere: Jura autem patronatus proculdubio pro suo ordine ad eum venire, qui libertatem donavit.* 4. *Sin autem servus ratiociniis suppositus est, ne ratiocinia pereant, vel libertas impediatur, praesidem provinciae vel competentem iudicem tempus statuere oportet, intra quod debeat (ratiociniis antea factis, & debitis, quae ex his apparuerint, redditis) ita ad libertatem venire.* 5. *Ne autem quantitas servilis pretii sit incerta, sed manifesta, sancimus servi pretium, sive ancillae, si nulla arte sunt imbuti, viginti solidis taxari: his videlicet, qui ad decimum usque annum suae venerint aetatis, in decem tantummodo solidis ponendis. Sin autem aliqua arte praediti sint, exceptis Notariis, & Medicis, usque ad triginta solidos pretium eorum redigi sive in masculis, sive in feminis. Sin autem Notarius sit, vel Medicus, sive masculus, sive femina, Notarius quidem usque ad quinquaginta, Medicus autem usque ad sexaginta taxetur. Sin verò eunuchi sint servi communes, majores decem annis, si quidem sine arte sint, in quinquaginta solidos computentur; si autem artifices, usque ad septuaginta: minores etenim decem annis eunuchos non ampliùs triginta solidis aestimari volumus: & eorum partem competentem socii accipient, & libertatem eis per competentes judices imponere compellentur.* 6. *Sin autem uno ex sociis libertatem sive imponere, sive relinquere servo cupiente, & pretium dante, alter vel alteri ex his ipsi se velle dixerint libertatem imponere, & pretium dare: melior quidem causa erit ejus, qui primus ad hanc rationem pietatis pervenit. Si tamen sub obtentu libertatis & ipsi ad hoc prosiluerunt; tunc judicem competentem omnes compellere sine pretio ei libertatem imponere: peculio quidem in omnes secundum partem dominii distribuendo, jura autem patronatus secundum sui naturam omnibus, qui libertatem imposuerint, aequaliter habentibus.* 7. *Jus autem accrescendi, quod antiqua jura in communibus servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti, nec in posterum frequentari penitus concedimus.* Datum Kalend. April. Lampadio, & Oreste * IV. Coss. * *Reponendum* VV. CC.

Ad legem primam C. de comm. servo manumiss.

1 *Controversia inter utriusque scholae auctores exponitur.*
2 *Vestigium signatur.*
3 *Rationes Sabinianorum, & Proculejanorum colliguntur.*
4 *Justinianus auctoritates affert in rationem suae Decisionis.*
5 *Loci earum signantur.*
6 *Quare Justinianus auctoritates ad confirmationem suae Decisionis attulerit.*

COmmunem servum dominus nec Latinum facere poterat, nec civem Romanum. Paulus *lib. 4. sentent. tit. De manumissionib.* si Latinum fecisset,

cisset, puta inter amicos manumisisset, vel aliis modis, quibus Latinus fiebat, plerisque placuit, eum nihil egisse. Ulp. *lib. sing. regul. tit.* 1. hoc est, nec libertatem servo competere, nec dominum partem amittere. (1) Atque id Proculejanis videtur placuisse; Sabinianis contrà, dominum partem suam debere amittere, sive Latinum, sive civem Romanum manumittendo facere voluisset. Sanè inter hanc, & illam speciem manumittendi differentia constitui debuerat, quia non sic dominus de manu, seu de potestate sua servum mittebat, Latinam libertatem dando; ut cùm vindictâ, aut testamentô, aut censu olim manumitteret. Si igitur dominus communem servum civem Romanum fecisset, Sabiniani putabant, illi libertatem non competere; sed partem servi, quam dominus manumittendo à se dimiserat, socio debere accrescere. (2) Vestigium hujus sententiae, licèt in alia specie deprehendi potest ex *L. duobus. D. de liberal. caus.* in quâ fuerant Sabinus, Cassius, Julianus: quod sequitur, à Triboniano adjectum fuisse non temerè quis suspicetur. (3) Ratio istorum fuit, quòd in re communi nemo dominorum jure facere quidquam invitô alterô possit: quae regula ex *Sabino*, & ex libris ad *Sabinum*, saepe relata est, *L. in re communi. D. de servitut. urban. L. Sabinus. D. comm. divid.* Proculejani contrà aequius esse dicebant, ut, quia libertas dividi non poterat, potiùs traheret ad se servitutem, quàm servitus traheret ad se libertatem: sicque posse rem expediri; si alter ex dominis manumissori partem suam venderet, ab eôque pretium suae partis acciperet: quorum sententiam hic Justin. retulit. Excipiebant Sabiniani, non esse in cujusquam potestate rem ab invito domino, licèt justô pretiô comparare: Pomponius *lib.* 29. *ad Sabinum*, *L. nec quasi. D. de reivindicat. Non aequum esse, invitum dominum rem suam vendere*, *L. non enim. D. de act. rer. amotar.* Replicabant Proculejani, id mereri favorem libertatis, cujus favore multa alia fuerant adversus communes regulas constituta. §. *ultim. Instit. de donat.* ac veluti favore religionis mortuum in commune sepulchrum, invitis sociis, inferre licet, *L.* 6. §. 3. *D. de rer. divis.* & in communem fundum: strictaque illa ratio, ne quis in communi loco aliquid invitô sociô faciat, insuper habetur, *L. sunt personae. D. de religios.* Idem putabant favore libertatis, & ut favore religionis is, qui viam ad sepulchrum non habet, cognitione praesidis impetrat, ut justô pretiô sibi concedatur, *L.* 12. *D. de religios.* strictaque illa ratio rejicitur, neminem cogi posse ad rei suae venditionem. Idem putabant favore libertatis, in qua & pietatis quaedam ratio versatur, hac *L.* 1. §. *sin autem uno*. Justinianus Proculejanorum sententiam probat, (4) inque suae Decisionis auctoritatem refert constitutiones Impp. & Jurisconsultorum: constitutionem D. Severi, quam retulerat Martianus in *Institutionibus*, (ita enim legendum jam viri docti monuerunt, non, ut vulgò, *in constitutionibus*) quaeque in militis testamento primùm lata est, qui communem servum testamentô manumiserat; quia militis voluntas quoquomodô servari debuit. (5) Et hanc constitutionem D. Severi Martianum *lib.* 1. *Institut.* retulisse probabile est ex *L.* 22. *D. de bon. libertor.* quae sumpta est ex *lib.* 1. *Instit. Martiani*; & loquitur de milite servum manumittente. Aliam affert Justinianus constitutionem DD. Severi, & Antonini, quam retulerant Ulpianus *lib.* 6. *fideicommissor.* & Paulus *lib.* 3. *fidei-*

deicommissor. Ulpianus quidem *lib.* 6. *fideicommissorum.* egerat, ex quo *L.* 37. *D. de fideicom. libertat.* & Paulus quoque *lib.* 3. ex quo supersunt *L.* 33. & 36. *D. ad leg. Falcid. L.*23. & 31. *D. de fideicom. libertat.* ubi quod hîc Justin. refert, indubiè Paulus scripserat in §. 3. & 4. *d. leg.* 31. Affert praeterea Justinianus auctoritatem S. Aelii, (ita legendum, non, *S. Caecilii.*) nam & laudatur S. Aelius in *L.*38. *D. de action. empt.* denique auctoritatem Marcelli in notis ad Julianum: siquidem Julianus ex Sabinianis putabat, partem domini manumittentis socio debere accrescere, eumque propterea Marcellus notaverat. Nota haec Marcelli meliùs deprehenditur ad *lib.* 12. *Digestor. Juliani*, quàm ad *lib.* 30. in *L. si servus. D. de vulg. & pupil. subst.* nam Julianus *lib.* 12. *Digestor.* de communi servo egerat, *L.* 25. *D. com. divid. L.* 12. 16. & 37. *D. de peculio*, atque eô ipsô *lib.* 12. *Digestor.* Marcellum notasse Julianum probabile est ex *L.* 16. *D. de Senatusc. Sillan.* quae est ex *lib.* 12. *Digestor. Marcelli*: idque Julianum *eod. lib. Digestor.* scripsisse, quô Marcelli nota reperitur.

Ad §. primum.

Servus liber esse jussus, atque heres institutus directam habet libertatem, & fit Orcinus libertus: sed tamen ex hac constitutione, si communis servus fuerit cum aliis institutus, fit libertus coheredum, qui partes alias à sociis comparant, ipsique servo libertatem imponunt.

Ad §. secundum.

Oblatio sola pecuniae non sufficit, sed oblationem sequi debet obsignatio, obsignationem depositio. Oblatio quidem sola transfert periculum rei debitae in creditorem, qui rem sibi oblatam opportunô locô, & tempore accipere noluit; ita, ut debitor, re post oblationem peremptâ, liberetur ipsô jure, & denegetur actio creditori, *L.* 105. *D. de verb. oblig. L.* 30. *D. de solut.* Obsignatio verò pecuniae solenniter facta, signatorum, seu testium signis adhibitis, pro solutione est, *L.* 10. *C. de pign. act. L.* 19. *C. de usur. L. obsignationum. C. de solution.*

Ad §. tertium.

Suo ordine, hoc est, ut jura patronatus habeat vel qui manumisit, vel heres ejus,

Ad §. quintum.

Praetoris liberalis partes erant, ut pretium arbitriô suô definiret, sup. hac *L.* 1. in pr. & *L. alieno.* §. 3. *D. de fideicom. libert.* At hîc Justinianus servorum omnium pretia definit, qui decem annos excesserint: & quidem viginti aureis multò ante Adrianus servum aestimaverat, *L.*2. sup. *de fideicom. libert.* In *L. ult.* sup. *de condition. insert.* quindecim solidis aestimatur, non viginti: & *L. si quis argentum.* §. 3. infra, *de donat.* quarum haec praecessit

cessit istam constitutionem, illa sequuta est, ut docet subscriptio: quia in *L. ult.* servus erat vicarius, in d. *L. si quis argentum*, non ita acerbè liberalitas donatoris exigi debuit, ut pretium servi justum solvere teneatur. Medicos utriusque sexûs sexaginta solidis Justinianus aestimat; puta obstetrices, quae medicinam faciunt, *L. 9. D. ad leg. Aquil. L. 1. §. 2. D. de var. & extr. cognit.*

Ad §. ultimum.

Nominatim abrogat Justinianus jus accrescendi, quod sententia Sabinianorum introducebat, si dominus servum communem manumisisset: & haec quidem sententia adversùs Proculejanos praevaluerat, ut colligi potest ex Ulpiano *lib. singul. regular. tit. 1.* Paulo *lib. 4. sentent. tit. 12.* & §. *ult. Justit. de donat.* ubi *olim* non tam ad jus antiquum referre debemus, quàm ante hanc ipsam constitutionem. (6) Ideò Justinianus cùm contrariam sententiam probare vellet, tam multas auctoritates suprà attulit, ut ab eo jure, quod obtinebat, quodque praevaluerat, non absque auctoritate recedere videretur: atque ideo jus accrescendi nominatim abrogare voluit.

II. *Lex ultim. C. ad Senatusc. Macedon.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

SI filiusfamilias, citra patris jussionem, vel mandatum, vel voluntatem, pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum; veterum ambiguitatem decidentes *sancimus, quemadmodum si ab initio voluntate patris, vel mandatô, filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur; ita & si postea pater ratum habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum: cùm testimonium paternum respuere satis iniquum sit. Necesse est enim patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem: cùm nostrâ novellâ lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, & confirmet ea, quae ab initio subsequuta sunt. Et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt. 1. Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris: stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumptae sint. In pluribus enim juris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui juris sunt: & ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quicquam pecuniam accipere, & expendere, nisi in causas castrenses.* Datum 12. Kal. August. Lampadio, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad legem ultim. C. ad Senatusconsultum Macedonian.

1 *Controversia inter auctores utriusque scholae exponitur.*
2 *Conjectura repetitur.*
3 *Rationes colliguntur.*
4 *Ante constitutionem Justiniani res facti faciliùs, quàm res juris retrotrahi poterant.*
5 *L. 2. D. de Senatusconsulto Maced. malè traducta ex titulo de separationibus.*

CEssat Senatusconsulti Macedoniani exceptio, si, voluntate patris praecedente, filiusfamilias mutuam pecuniam sumpserit, *L. 7. D. quod cum eo, qui in alien. L. 2. 4. 5. hoc tit.* vel si postea ratum habuerit contractum filii, *L. 1. §. si ratum. D. quod jussu.* Verùm disceptabatur inter juris auctores, an si pater contractum filii ratum habuisset, ratione ipsius filiifamilias contractus fieret validus. (1) *Sabiniani* in eâ videntur fuisse sententiâ, ut dicerent, validum contractum filiifamilias ratihabitione patris sequutâ: Namque illi ratihabitionem mandato comparabant, in iis potissimùm, quae erant facti; veluti in maleficiis, *L. 1. §. 14. & L. 3. §. 10. D. de vi, & vi arm. L. 152. de reg. jur.* ex eod. *lib.* 69. Ulpiani ad *edict.* Julianus ex *Sabinianis*, in *L. 6. §. item quaeritur. D. de negot. gest. Ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tuâ contemplatione gestum.* Ita pignoris datio ratihabitione confirmatur, ut non solùm ab eo tempore pignus obligetur, quò rata habetur pignoris datio; sed ex eo tempore, quò pignus datum est, *L. si fun. lus. §. 1. D. de pign. & hypoth.* Emptio, venditioque pariter ratihabitione confirmatur, *L. 3. C. de reivind. L. 4. C. de usucap. pro empt. L. 11. C. de evict.* Precarium, *L. si servus. 13. D. de precar. L. 7. in fin. C. quod cum eo, qui in alien.* Solutio, *L. 12. §. ult. L. 49. §. ratam*, & *L. 58. D. de solution.* Res in judicium deducta, *L. Julianus. D. qui satisd. cogant. L. licet. 56. D. de judic.* quae jungenda est cum *d. L. 12. D. de solution.* Denique si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione, *L. 60. D. de regul. jur.* quod quidem intelligendum est de contractibus, atque etiam de aliis rebus gestis, adeò ut locus, in quo mortuus illatus est, ratihabitione religiosus fiat, *L. 6. §. 4. D. de rer. divis.* Haec autem omnia sunt facti: unde facilè existimem, Sabinianos in iis potissimùm, quae erant facti, ratihabitionem mandato comparasse. *Proculejani* (quantùm controversiam istam (2) conjecturâ licet repetere) videntur res facti à rebus juris distinxisse, & subtilem illam divisionem juris, & facti introduxisse, quam Justinianus sustulit, *L. 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* Fortè admittebant, ratihabitionem in rebus facti retrotrahi, & mandato comparari, non in rebus juris. (3) In propositâ igitur quaestione Sabiniani rem facti, Proculejani rem juris esse dicebant: ut actio, quae nulla erat propter exceptionem Senatusconsulti adversùm filiumfamilias, ratihabitione patris confirmaretur. Concedebant quidem, patrem ex ratihabitione teneri, quasi jussisset, mandassetve, non ipsum filiumfamilias: quia cùm in obligatione jus versaretur, ratihabitio patris non posset filium obligare, qui ab initio non fuerat obligatus. Ac ne quidem Sabiniani res omnes juris per ratihabitionem retrò confirmari posse admit-

mittebant, veluti hereditatis aditionem. Ulpian. *lib.* 8. *ad Sabinum ex Cassio*, *l. si quis mihi bona.* §. *jussum. D. de acquir. vel amit. hered.* (alia ratio bonorum possessionis, quae per ratihabitionem confirmatur, *L. servo.* 65. *D. ad Senatusc. Trebel. L. pen. D. rem ratam haberi.*) Nuptias, in quibus jussum parentum praecedere oportuit, §. 1. *Instit. de nupt. L. si furiosi*, infrà, *eod. tit. de nupt.* quia nuptiae per ratihabitionem non confirmantur, quia fiebant per mancipationem, coëmptionem imaginariam, & erant actus legitimus. Ideò si filiusfamilias uxorem intra annum luctûs duxerit, praetor se refert ad initium nuptiarum; si pater jusserit, non si postea ratum habuerit, *L. quid ergo. D. de his, qui notant. infam.* Et quamvis Ulpianus probaret, in maleficiis ratihabitionem mandato comparari, *d. L.* 152. *D. de reg. jur.* tamen in iis, quae sunt juris (cujusmodi est infamia) non putabat infamiam ratihabitione retrotrahi: puta, si pater nuptias intra annum lugubrem à filio contractas, postea ratas habuisset, *d. L. quid ergo.* Ex quibus apparet satis ante (4) constitutionem Justiniani, seu *d. L.* 25. *C. de donat. inter vir. & uxor.* res facti faciliùs, quàm res juris, per ratihabitionem retrotrahi potuisse. Neque argumentum *L.* 7. *D. de jur. codicil.* satis probat, res juris faciliùs retrotrahi potuisse: ibi enim non agitur de retrotractione, sed de confirmatione codicillorum, in quibus, quod scribitur jure singulari, perinde est, ac si testamento scriptum esset. Confirmatur quidem id, quod codicillis scriptum est, non tamen retrotrahitur. Quod attigimus *lib.* 2. *Observation. cap.* 38. Justin. Sabinianorum sententiam hîc probat, contractum filiifamilias ratihabitione patris validum fieri: quia iniquum sit, paternum testimonium respui; qui contractum filii ratum habuerit: & quia obligatio naturalis, quâ filiusfamilias tenetur, facti sit, *L. nec servus.* 41. *D. de pecul.* Et cùm jam voluisset Justinianus in omnibus negotiis ratihabitionem mandato comparari, *d. L.* 25. *C. de donat. inter vir. & uxor.* consequens erat, ut & in hac specie ratihabitio patris contractum filii retrò confirmaret, ac si mandatum praecessisset.

Ad §. *ultimum.*

In castrensi peculio filiusfamilias miles personam patrisfamilias sustinet, *L.* 15. §. 3. *D. de castrens. pecul.* Cùm igitur alii putarent, filiumfamilias militem ex mutuo obligari, alii distinguerent, &, ut videtur, *Proculejani*, qui in superiori quaestione favebant filiisfamilias, utrùm pecunia in res castrenses credita, impensave fuisset; Justinianus hanc distinctionem rejicit, vultque filiumfamilias omnino ex mutuo obligari, videlicet ad quantitatem castrensis peculii, *L.* 2. *D. de Senatusc. Macedon.* (5) quae quidem ad eum titulum malè traducta, nam pertinet ad *tit. de separationibus* ex *lib.* 64. *Ulpiani ad edictum.*

III. *Lex* 24. *C. de Nuptiis.*

Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem, in qualicumque pacto, quod ad dandum, vel ad faciendum, vel non dandum, vel non faciendum

dum, concipitur, & sive nuptiarum tempus dixerit, sive nuptias nominaverit; non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, vel non extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas: & non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel foeminis post duodecimum annum accesserit, vel maribus post decimum quartum annum completum; sed ex quo vota nuptiarum re ipsâ processerint: sic enim & antiqui juris contentio dirimetur, & immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient. Datum Constant. 10. Kalend. August. Lampadio, & Oreste Coss.

Ad leg. 24. C. de Nuptiis.

1 *Controversia, quam Justinianus subticuit, restituitur.*
2 *Rationes colliguntur.*
3 *Vestigia quaedam repetuntur ex Jurisconsultis.*
4 *Ex constitutionibus Impp.*
5 *De inscriptione, & subscriptione hujus Decisionis.*
6 *Justinianus jam ante constitutionem de conceptione Digestorum libros Jurisconsultorum attigisse deprehenditur.*
7 *Et Suetonium fuisse imitatus.*

OBligationes modô, tempore, conditione differunt, *L. sin autem* 29. *D. de legat.* 1. Modus differt à conditione, *L.* 80. *D. de condit. & demonstrat.* licèt modo insit conditio, *L. liberto. §. Lucius. D. de ann. legat.* Tempus omnino differt à conditione, cùm longè sit diversum, moram, id est, tempus, aut conditionem legato injectam esse, *L. quod purè. §.* 1. *D. quand. dies legat. cedat.* Plerumque tamen dubitari potest, utrùm tempus obligationibus, vel conditio apposita fuerit, ut in quaestione hujus Decisionis, quam Justinianus subticuit. Sed finge: (1) Titius stipulatus erat à Maevio centum, cùm Seja nuberet: quidam dicebant, huic stipulationi conditionem esse appositam, ut si Seja non nuberet, centum Maevius Titio non deberet: (2) Ratio istorum fuit, quòd ut dies incertus conditionem facit in testamento, *L. talis.* §.4 *D. de legat.* 1. *L. dies. D. de condit. & demonstrat.* ita & in stipulationibus dies incertus conditionem facere debeat, ubi promiserit Maevius, se Titio daturum centum, cùm Seja nuberet, dies incertus est; nam fieri potest, ut Seja non nubat. Contrà alii dicebant, tempus stipulationi inesse, non conditionem. Hujus quidem controversiae certum non apparet vestigium, (3) fortè repeti poterit ex *L. quibus.* 40. §. 2. *D. de condit. & demonst.* inter Ofilium, & Labeonem diversae scholae; ut quemadmodum in legatis dissentiebant, ita & in stipulationibus: in legatis, & fideicommissis hujusmodi, *Filio centum do, lego. Filio meo hereditatem restitui volo, cùm ad decimum sextum annum pervenerit.* Disceptabatur, utrùm huic legato, vel fideicommisso tempus appositum esset, vel conditio. Ulpianus legatum conditionale existimat, *lib.* 13. *ad Sabinum, L. si cui.* 49. §. *& ideo. D. de legat.* 1. Paulus *L. si Titio. D. quand. dies legat. cedat.* Javolenus ex Sabinianis admittit voluntatis quaestionem, utrùm testa-

testator voluerit conditionem facere, vel diem solvendi fideicommissi prorogare, *L. Sejus 46. in fin. D. ad Senatusc. Trebel.* (4) Melius tamen hujusce dissensionis vestigium in constitutionibus Impp. deprehendi possit: nam cùm testator Sticho libertatem reliquisset tempore nuptiarum filii, seu cùm filius nuberet, & filius ante nuptias decessisset, alii rescripserunt, libertatem servo non deberi: quia testator libertati dandae tempus non praestituisset, sed potiùs conditioni locum fecisset, *L. cùm testator. C. de testam. manumiss.* Alii, si libertatem servo testator ita reliquisset, *Cùm filius erit annorum quatuordecim*, & filius ante eam aetatem decessisset, libertatem servo dari voluerunt, *L. 10. C. de fideicom. libertat.* Utrôque casu dies incertus est, & conditionem facere debuit; dies incertus est, utrùm filius nubat, vel filius decimum quartum annum attingat: utrôque casu idem favor libertatis est: & tamen filiô ante nuptias decedente, libertas servo non debetur: ante decimum quartum annum mortuô, libertas debetur. Justinianus probat eorum sententiam, qui putabant, stipulationi conditionem esse appositam, neque aliter Maevium Titio debere centum, nisi re ipsâ nuptiarum vota processerint: hoc est, nisi Seja nupserit, ideòque si ante nuptias decessisset, conditionem stipulationi deficere. Sola autem haec (5) Justiniani decisio scripta est ad Senatum, ad quem & nonnullae constitutiones, ut constitutio *de novo Codice faciendo*, *L. ult. C. de donation. L. ult. C. de jur. deliber. L. unic. C. de cad. tollend.* Ceterae decisiones scriptae sunt ad *Julianum*, vel *Joannem* praefectos praetorio. Edita est haec lex 24. 10. vel, ut alii codices Mss. habent, 11. *Kal. Augusti*, *Lampadiô, & Oreste Coss.* Ex quibus subscriptionem restituimus; ita, ut *leg. ultimam*, suprà, *de his, qui veniam aetat. impetrav.* minimè cum hac Decisione jungendam, collatis subscriptionibus, appareat. (6) Ab illo igitur tempore, hoc est, 11. Kal. August. Justinianus libros Jurisconsultorum videtur attigisse, ut ex his Pandectas conficeret: licèt constitutio *de conceptione Digestorum* subscripta sit, 18. *Kal. Januar. Lampadio, & Oreste Coss.* id jamque habuisse in mente, ut immensa librorum volumina ad mediocrem modum pervenirent, hoc est, ut Pandectas conficeret. (7) Sanè hîc Justinianus Suetonium imitari voluit, qui & verbis ipsius ferè utitur in *Julio, cap. 44. Ex immensâ, diffusâque legum copiâ optima quaeque, & necessaria in paucissimos conferre libros.*

IV. *Lex 12. C. de usufruct. & habitatione.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

Ambiguitatem antiqui juris decidentes, *sancimus, sive quis uxori suae, sive alii cuicumque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit; stare usumfructum in annos singulos, in quos testator statuit, sive persona, de cujus aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula: (nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac*

luce fuerit subtractus) tunc etenim ad posteritatem ejus usumfructum transmitti non est penitus possibile, cùm morte usumfructum penitus extingui juris indubitati sit. 1. Sin autem talis inserta fuerit conditiò, donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit, *vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto fit; siquidem resipuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finiri: sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eò relictò, manere usumfructum apud eum. Cùm enim possibile erat usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri, humanissimum est, ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum etenim si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur ususfructus; ita humanum est, extendi eum in usufructuarii vitam; etsi antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit*. Datum Kal. August. Constantinopol. Lampadiô, & Oreste VV. CG. Coss.

Ad L. 12. C. de usufruct.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Rationes colliguntur.*
3 *Vestigium quoddam signatur.*
4 *Alia controversia exponitur.*
5 *Negatio rejicitur.*
6 *Rationes Justiniani subtiles deprehenduntur.*
7 *Lectio defenditur.*

Cum quis usumfructum uxori, vel alii reliquisset, donec filius ad certam aetatem perveniret; puta, ad decimum quartum, vel decimum sextum annum, vel ad pubertatis annos, ut in *L.* 5. sup. *hoc tit.* filiô ante illam aetatem mortuô, quaerebatur de voluntate testatoris, an usumfructum mortuô filiô extingui, vel praeterea stare voluisset ad tempus expressae aetatis: quae quidem quaestio superioris *legis 24. C. de Nupt.* proxima est, & proximè etiam promulgata, ut docet subscriptio. (2) Alii igitur putabant, usumfructum extingui, quasi testator ad vitam filii respexisset, eaque tacita conditio inesset legato ususfructûs, ut extingueretur, si filius ante expressam aetatem decederet: (3) quam sententiam attigisse videtur Scaevola *L. codicillis.* 18. in pr. *D. de annu. legat. Nisi ostendatur à libertis, testatorem ad heredis trigesimum quintum annum respexisse*. Alii existimabant, usumfructum mortuô filiô nihilominus stare: quasi testator ad certum tempus usumfructum reliquisset: habitâ ratione certi temporis, non personae, legatum quidem purum interpretabantur, sed tempus fruendi legati ex filii aetate designatum esse. Quam posteriorem sententiam Justinianus probat, stareque vult usumfructum in annos singulos, ut ita repetitus intelligatur, nec capitis minutione finiatur, *L.* 3. in pr. *D. quib. mod. ususfr. amitt.* Excipit Justinianus, ut quô casu uxor, vel alius fructuarius ante expressum tempus decesserit, tunc ususfructus amittatur; quòd eâ sit naturâ ususfructus, ut cum persona fructuarii extinguatur, d. *L.* 3. §. *ult. D. quib. mod. ususfruct. amitt.* neque ad heredes transmittatur,

L.ne-

L. necessariò. §. ult. D. de peric. & com. rei vendit. L. 8. §. tale. D. de lib. legat. Non adversatur Scaevola in *L. uxori. 35. D. de usu, & usufr. leg.* quia licet ibi ususfructus libertis non nisi post completum quinquennium debeatur, tamen ante quinquennium ad proprietatem redierat, nec ad heredes uxoris transierat.

Ad §. sin autem talis.

Cùm pater furiosum haberet filium, usumfructum fundi Titio legaverat, donec filius in furore persisteret. Mortuò in furore filiò, quaerebatur, utrùm ususfructus Titio relictus extingueretur, vel maneret. (4) Quidam dicebant usumfructum filiò mortuò extingui; tandiu enim pater usumfructum Titio reliquerat, donec filius fureret: At dici non potest, filium mortuum furere. Contrà alii sentiebant, usumfructum penes Titium manere; non enim filius desierat furere, qui in ipso furore decesserat: in qua sententia fuerat Scaevola, *L. generali. §. duas filias. D. de usu, & usufr. leg.* cùm ita legasset testator, *donec mentis compos fiat, & convalescat*, non, ut hìc Justinianus, *donec in furore remanserit*: nam verum est, mentis suae non fuisse compotem, qui in eodem furore in diem mortis perseveraverit. Admittit nihilominus voluntatis quaestionem, si testator usumfructum contemplatione fructuarii, vel furiosi reliquerit; puta, ut ex usufructu furiosum aleret, tueretur. Et hanc posteriorem sententiam Justinianus probat his verbis, *quasi in usufructuarii vitam eò relictò, manere usumfructum apud eum*: in quibus negationem minimè esse admittendam, plusquàm manifestum est; non enim vult Justinianus, usumfructum manere apud furiosum, qui decesserat, & qui non habuit usumfructum; sed manere apud fructuarium, quasi in vitam illius relictum esset. Nec modò in hac specie, sed in aliis casibus eam sententiam Justinianus probat, quorum eventus in incerto sit: puta, si testator fundi usumfructum Titio reliquerit, donec Seja nuberet: Si quidem Seja nupserit, conditione existente, usumfructum, veluti & in alia specie, si filius resipuerit; mortuâ verò Sejâ antequam nuberet, usumfructum ad vitam Titii manere. Istam autem Decisionem Justinianus duabus rationibus confirmat, quas & subtiliter collegit: Prima est, quòd ut fieri poterat, per omnem vitam fructuarii furiosum non resipiscere, (quidam enim furor tam saevus, tamque atrox est, ut nulla spes sanitatis superfit, *L. si cùm dotem. 22. §. si maritus. D. solut. matrim.*) vel etiam fieri poterat, per omnem Titii vitam conditionem non impleri; puta, Sejam non nubere: ideò ususfructus ad vitam eorum extendi debeat. Quidam legere maluit *ejus*: nihil mutandum: *eorum*, hoc est Titii, cui ususfructus legatus fuerit, donec filius in furore perseveraret; vel alterius, cui sub alia conditione ususfructus legatus fuerit; puta, donec Seja nuberet. Altera Justiniani ratio est, quòd quemadmodum si decedat fructuarius ante furorem finitum, vel ante impletam conditionem, morte fructuarii ususfructus extinguitur; ita & si decedat furiosus, antequàm ad sanitatem redierit, nihilominus ususfructus penes fructuarium manere debeat: & quemadmodum si decedat fructuarius, antequàm Seja nuberet, ususfructus extinguitur; ita eâ mortuâ ante nuptias, & conditione defectâ, nihilominus ususfructus penes fructuarium manere debeat.

V. *Lex penult. C. de condict. indebit.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

SI quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit; & cùm licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cujus rei detur à legibus ei repetitio, utriùmne servi, an pecuniae? & utrùm stipulator, an promissor habeat hujus rei facultatem? Et Ulpianus quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit: & tam Marcellum, quàm Celsum sibi conformantes refert. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat; qui & antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit, praestare: & hujus sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Julianum summae auctoritatis hominem, & praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus, *Juliani, & Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui & dandi habuit.* Datum Kal. August. Constant. Lampad. & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. penult. C. de condict. indebit.

1 *Controversia inter Sabinianos, & Proculejanos exponitur, eorumque rationes colliguntur.*
2. 3. *Vestigia utriusque sententiae signantur.*
4 *Oscitantia eorum, qui Pandectas componebant.*
5 *ἐναντιοφανὲς removetur.*
6 *Quare Justinianus hic secundùm pauciorum, non plurium sententiam deciderit.*

TItius stipulatus erat à Maevio illud, aut illud; puta Stichum, aut Pamphilum; vel Stichum, aut decem, sub disjunctione: poterat Maevius promissor unum solvendò liberari, *L. si unus. §. sed si. D. de pact.* sed cùm ad utrumque se teneri putaret, per errorem, sive ignorantiam, utrumque Titio stipulatori solverat. Quaerebatur, utrùm Maevii esset electio, quod vellet condicere; an potius Titii, quod vellet reddere. (1) Sabiniani dicebant, electionem esse promissoris, quod vellet condicere; quia ab initio illius fuerat electio, quod vellet solvere. Et quidem in alternativis promissionibus electio est debitoris, *L. si in emptione. §. si emptio. D. de contrab. empt. L. plerumque. §. ult. D. de jur. dot. L. adigere. D. de jur. patronat.* ideò contendebant isti, electionem Maevii debere esse in repetendo, cujus antea fuerat in solvendo. (2) Vestigium hujusce sententiae non obscurè deprehenditur apud Julianum ex Sabinianis, *L. cùm is. 32.* in pr. *D. de condict. indebit.* Proculejani contrà dicebant electionem esse Titii, quod vellet reddere; eâque ipsâ ratione utebantur, quâ Sabiniani, in alternativis promissionibus electionem esse debitoris; sed Titium, cui utrumque solutum fuerat, ex creditore factum esse debitorem. Quare hoc fuit argumentum

tum

tum ἀντιστρέφειν, quod reciprocum Latinè dici posse ait Gellius *lib.* 5. *cap.* 10. Isti rationem ab aliis adductam in suam sententiam invertebant; admittebant quidem, Maevii electionem fuisse ab initio, utrum vellet solvere: nunc verò Titium debitorem esse factum, itaque illius electionem esse debere, utrum velit solvere. (3) Vestigium hujusce sententiae manifestius est apud Celsum ex Proculejanis, *L. si non sortem.* §. *pen. D. de condict. indeb.* quam probaverant Marcellus, & Ulpianus, ut hîc Justinianus retulit. Marcellus. Proculejanus fuit, quod probavimus *lib.* 1. *observat. cap.* 28. & id fortè scripserat in notis *ad libros Digestorum Juliani*, quorum etiam Justinianus sup. meminit in *L.* 1. *C. de com. serv. manumis.* Ulpianus fortè in Notis vel ad Marcellum, vel ad Papinianum. (4) Sanè indissimulabilis est illa inter Julianum, & Celsum pugnantia, quam oscitanter nimis Pandectarum consutores sub eod. tit. reliquerunt. Non putarem, tamen Julianum à Celso in alia specie dissensisse. Finge, Stichum, aut Pamphilum in stipulationem deductum fuisse, promissorem unum per ignorantiam solvisse; cùm putaret sibi electionem non competere, utrum vellet solvere: eum poterit condicere secundùm Julianum, d. *L. cùm is.* §. *ult. D. de condict. indebit.* secundùm Celsum non poterit condicere; puta, si Stichum, aut Pamphilum heres dare damnatus sit, & Pamphilum per ignorantiam dederit, *L. si is cui.* 19. *D. de legat.* 2. Elegans ratio differentiae assignari potest inter legatum, & stipulationem; (5) quòd in stipulationibus electio non ita consumatur, *L. si quis.* 112. *D. de verb. oblig.* ut in legatis; sive quando optio tacitè, sive quando expresè legata est, *L.* 2. *D. de option.* Justinianus Sabinianorum sententiam probare hîc maluit, promissoris electionem esse debere, quid vellet condicere; non stipulatoris, quod vellet reddere: Et quidem reciprocum argumentum, quod Proculejani adversus eos invertebant, nimiae subtilitatis vitiò non caruit. (6) Verùm quaeri potest, cùm tres Proculejanorum sententiam probasse meminit Justinianus, Celsum, Marcellum, Ulpianum; duos verò sententiam Sabinianorum, Julianum, Papinianum; cur non juxta numerô plures deciderit? nam cùm diversae proferebantur Jurisconsultorum sententiae, plurium numerus vincere debuit: in aequali solùm numerò Papiniani auctoritas praevalebat, *L. unic. C. Theodos. de respons. prudent.* An quia Justinianus Jurisconsultorum sententias non tam numerare, quàm ponderare voluerit? An quia isti duo inter caeteros magnae fuerint dignationis? Julianus omnium juris conditorum, qui olim fuerunt, prudentissimus dicitur, *L.* 3. §. 18. *C. de vet. jur. enucl.* cujus opinionem non semel aliis Justinianus praetulit, *L. ult.* sup. *de negot. gest. L.* 15. sup. *de usufruct.* Edictum perpetuum, ex quo praetores jus dicerent, auctoritate D. Adriani in titulos digesserat, *L.* 2. §. 18. *C. de vet. jur. enucl.* quasdam & ipse clausulas adjecerat. Papinianus quoque inter alios excellens, *L. cùm acutissimi. C. de fideicom.* Cujus etiam opinio adversùs alios probatur, *L.* 3. *C. de acquir. poss. L. ult. C. de institut. & substitut.*

Lex

VI. *Lex penult. C. ad Senatusc. Vellejanum.*

Justinianus A. Juliano P. P.

VEterum ambiguitatem decidentes *sancimus*, *si quis*, *ut servo suo manumissionem imponat*, *mulierem acceperit*, *obnoxiam se se pro certa quantitate facientem*; *si in libertatem servum perduxerit*, *sive principaliter mulier se se obligavit*, *sive pro servo hoc fecit*, *teneri eam rectè omnimodo*; *Senatusconsultum Vellejanum in hoc casu tacere imperantes*. *Satis etenim acerbum est*, *& pietatis rationi contrarium*, *dominum servi*, *qui credidit mulieri*, *sive soli*, *sive post servi promissionem*, *& libertatem servo imponere*, *& suum famulum perdere*; *& ea minimè accipere*, *quibus fretus ad ejusmodi venit liberalitatem*. Datum Kal. August. Lampadiô, & Oreste Coss.

Ad legem penult. C. ad Senatusconsultum Vellejanum.

1 *Controversiae vestigia non extant.*
2 *Conjectura repetitur*, *& rationes colliguntur.*
3 *Subscriptio restituitur.*

SErvi plerumque de pretio suae libertatis cum dominis paciscebantur, eôque nomine expromissores dabant, *L. eleganter.* §. *servus. D. de dol. L. aliquando. D. ad Senatusc. Vellejan. L. cùm servus.* 104. *D. de verb. oblig.* Cùm igitur servus à domino libertatem obtinere vellet, mulier in certum pretium apud dominum intercesserat. Quaerebatur, utrùm exceptione Senatusconsulti se tueri posset. Cujus quidem controversiae vestigia non occurrunt; nec enim Tribonianum adeò supinum fuisse putandum est, ut decisâ controversiâ, adhuc pugnantes Jurisconsultorum sententias in libris Digestorum reliquerit. (2) Verùm quantum conjecturâ licet repetere, alii videntur exceptionem Senatusconsulti mulieri concessisse, hac ratione, quòd cùm dominus apud se mulierem pro servo intercedere patiebatur, scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere, *L. si Titius.* 48. *D. de fidejus.* Alii videntur distinxisse, utrùm pro servo expromisisset, principalemve obligationem in se suscepisset, vel adpromisisset, servique obligationi accessisset; quam distinctionem Justinianus hîc attigit, *sive principaliter mulier se se obligavit*, *sive pro servo hoc fecit*: & postea, *dominum servi*, *qui credidit mulieri sive soli*, *sive post servi promissionem.* Primo fortè casu, quando mulier principalem in se obligationem susceperat, Jurisconsulti exceptionem Senatusconsulti denegabant: quòd rescissâ mulieris obligatione, neque servus manumissus jam in servitutem revocari posset, *L. si ex causa.* §. *ult. D. de minor. L. ult. D. pro derelict.* neque in servum manumissum nova actio institui posset, qui per manumissionem novus, atque alius homo factus esset, *L. servus.* 27. *D. de adimend. legat. L. qui res.* 98. §. *aream. D. de solution.* Id verò iniquum est, dominum & servô, & servi pretiô carere, *L.* 5. §. 3. *D. de condict. caus. dat. L.* 2. §. 2. *D. quar. rer.*

rer. act. Secundò casu, quando mulier obligationi servi accesserat, exceptionem Senatusconsulti faciliùs concessissent, quòd sublatâ mulieris obligatione, maneret servus principaliter ex sua promissione obligatus. Etenim promissam à servo pecuniam citra stipulationem dominus per in factum actionem petere potest, *L. 3. C. an serv. pro suo fact.* hoc est praetoriam in factum actionem. Quòd ergo dominus in servum agere poterat, si pretium libertatis pactus esset, non iniquum videbatur, hoc casu mulieri dandam exceptionem Senatusconsulti. Justinianus omnimodo, atque indistinctè exceptionem mulieri denegavit, & beneficium Senatusconsulti cessare hîc voluit, ut in plerisque aliis casibus: rationem illam magis probans, quam supra attulimus; ne dominus & servô, & servi pretiô careat. (3) Edita est haec decisio *Kalend. August. Lampad. & Oreste Coss.* cujus subscriptionem ex Mss. codicib. restituimus.

VII. *Lex ult. C. de contrah. empt.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

Super rebus venundandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, *magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam* decidentes *sancimus, cùm hujusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundùm aestimationem ejus, & pretia persolvi: & venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis, sive sine scriptis contractus celebretur: scilicet, si hujusmodi pactum cùm in scriptis fuerit redactum, secundùm nostrae legis definitionem per omnia completum, & absolutum sit. Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire; tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullô pretiô statutô, nullâ conjecturâ (imo magis divinatione) in posterum servandâ: utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerint, quia hoc penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in hujusmodi locatione locum habere censemus.* Datum Kalend. August. Lampadiô, & Oreste Coss.

Ad legem ultim. C. de contrah. empt.

1 *Controversia exponitur inter utriusque scholae auctores.*
2 *Ratio Sabinianorum.*
3 *Vestigium sententiae illorum signatur.*
4 *Conjectura etiam deprehenditur.*
5 *Proculejanorum contraria ratio.*
6 *Vestigium sententiae illorum.*
7 *Gajo tribuitur, qui tamen fuit Sabinianus, non Proculejanus.*

8 *Tri-*

8 *Tribonianus non traducit verba Gaji in hanc decisionem, sed verba hujus decisionis Gajo tribuit.*
9 *ἐναντιοφανὲς inter constitutiones Justiniani removetur.*
10 *Subscriptio restituitur.*

SI pretium venditionis in arbitrium cujusdam collatum esset; puta, tanti rem esse venditam, *quanti Titius aestimaret, arbitrareturve*; Titius verò pretium definire nollet, vel non posset: dubitabatur, constaret venditio, an non; indeque orta dubitatio, ut Justinianus innuit §. 2. *Instit. de empt. & vendit.* quòd pretium certum in venditione intervenire debeat. (1) Sabiniani putabant, constare venditionem, (2) quasi pretium non tam in arbitrium Titii, quàm viri boni collatum esset: eamque sententiam Justinianus hîc meminit sub finem, & (3) vestigium deprehendi potest apud Ulpianum *lib.* 28. *ad Sabinum, in L. haec venditio.* 7. *D. de contrab. empt. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quàm domini*: cui adsuendae sunt ex eod. *lib.* 28. *Ulp. L. in compromissis.* 45. *D. de recept. arbitr. L. stipulatio.* 17. *D. de verb. oblig. L. in personam.* 22. *D. de reg. juris*, quâ Ulpianus haud dubiè quaestionem istam attigerat. Ubi arbitrium cujusdam personae (puta Titii) insertum fuisset, putabant non tam Titii, quàm viri boni arbitrium insertum esse: idque solùm in bonae fidei judiciis, *L. si in lege. D. locat. L.* 6. *D. pro socio*, d. *L. in personam. D. de reg. jur.* atque in testamentis, *L.* 5. *D. de legat.* 2. quae naturam judiciorum bonae fidei in plerisque imitantur, *L. usurae.* 34. *D. de usur. L.* 3. *C. in quib. caus. in integr.* non verò in compromissis, d. *L.* 45. *D. de recept.* aut stipulationibus, *L. si quis arbitratu.* 43. *D. de verb. oblig.* Cùm igitur in quaestione hujusce decisionis ea veterum sententia fuerit, si pretium arbitrio Titii relictum esset, non tam arbitrio Titii, quàm viri boni relictum videri: (4) Inde Sabinianorum sententia apertè deprehenditur, qui perseverabant in iis, quae erant tradita à majoribus, & veterum regulas sequebantur: quod attigimus *lib.* 1. *Observat. cap.* 3. Dicebant pretium illud certum esse, quod arbitrio viri boni definiendum relinqueretur; certamque exprimere quantitatem in bonae fidei judiciis, ut in testamentis. Ulpianus *lib.* 9. *ad Sabinum, in L.*1.§.1. *D. de legat.* 2. videlicet quanti pretium communiter fungitur. Praeterea negabant hujusmodi venditionem esse contractam sub conditione, aut deficere conditionem, si Titius pretium definire nollet: quia nec mora, nec conditio inest viri boni arbitrio, d.*L.* 1. *D. de legat.* 2. (5) Proculejani contrà sentiebant, ita contractâ venditione quanti Titius aestimaverit, non aliter constare, quàm si Titius aestimasset: quasi tacita inesset conditio, ut Titius deberet aestimare; ac nisi aestimaret, conditionem deficere. Ita potest sub conditione venditio contrahi, & pretii aestimatio rejici in tempus conditionis, *L.* 16. §. *ult. D. de pignorib.* (6) Hujus sententiae vestigium apparet apud Celsum, *L. si ita.* 75. *D. pro soc.* Cui jungenda est *Lex, si pater filiae.* 43. *D. de legat.* 3. ex eod. *lib.* 17. *Digestorum Celsi*, ubi favore dotis videtur aliter respondisse. Apertius est apud Gajum, *L. si merces. D. locat.* quae jungenda est cum *L. quod saepe.* §. 1. *D. de contrab. empt.* ex eod. *lib.* 10. *Gaji ad Edict. provinc.* (7) Id Tribonianus Gajo tribuit, quamvis aliter forte sentiret; ille enim non Proculejanus, sed Sabinianus fuit. Sabinianorum sententiam, quae est in *L.* 7.

§. 7.

§. 7. *D. de acquir. rer. domin.* Gajus probaverat, ut constat *in fragmentis Institutionum Gaji*, quae supersunt, *tit. de rer. divis.* Putabat, rebus posse emptionem contrahi secundùm Sabinianos, in *L. 1. D. de contrab. empt.* quod & Homericis versibus confirmabat, ut ex eo retulit Servius ad 3. Georgicon: suosque praeceptores Sabinianos intelligit, *L. si aedibus. 32. D. de damn. infect.* (8) Quare verius est, Tribonianum id Gajo tribuisse propter hanc decisionem, quàm Gaji verba ex d. *L. si merces*, in hanc decisionem traduxisse. Dicebant Proculejani, incertum esse pretium, quod arbitrio Titii definiendum relinqueretur; nec enim modò incertum esse, quid, quantumve arbitrari deberet, sed an omnino arbitraturus esset: quam dissentiendi rationem fuisse inter veteres Justinianus ostendit, d. §. 2. *Instit. de empt. & vendit.* Justinianus hìc Proculejanis favere maluit, quorum & ratione utitur, scilicet sub conditione contractam videri emptionem; ac nisi Titius arbitretur, conditionem deficere: idque etiam porrigit ad locationem, & conductionem; & ex hac constitutione traductum, quod est in d. *L. si merces. D. locat.* Cùm enim venditio, & locatio familiaritatem quandam inter se habeant, iisdemque regulis juris consistant; sicut emptio sub conditione expressâ, sive tacitâ, contrahi potest, ita locatio, *L. sicut. D. locat.* Verùm huic decisioni non satis convenit, quod Justinianus ipse postea decidit *L. ult. §. 2. C. commun. de legat.* si ita legatus fuerit servus, *quem Titius elegerit*, legatum servi non deficere, etsi Titius eligere noluerit, aut non potuerit: quia cùm legatum optionis olim haberet in se conditionem, §. *optionis. 24. Instit. de legat.* id Justinianus deinde inmutavit, conditionemque sustulit, non modò cùm ipsi legatario, sed & cùm alii data esset electio, d. *L. ult. C. commun. de legat.* Edita priùs fuerat haec decisio Kal. August. Lampadiò, & Orelto Coss. cujus subscriptionem ex Mss. codicib. restituimus.

VIII. *Lex 20. C. de furtis.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

Si quis servo alieno suaserit, ut aliquam rem domini sui subriperet, & ad se deferret; servus autem hoc Domino manifestaverit, & dominò concedente res ejus ad iniquum hujusmodi suasionis auctorem pertulerit, & ipse inventus fuerit rem detinens: quali teneatur actione is, qui res suscepit, utrùmne pro occasione furti, an pro servo corrupto, quia eum corrumpere voluerit; an non solùm furti, sed etiam servi corrupti is obligetur, veteres dubitaverunt. Nobis itaque eorum altercationes decidentibus, *placuit non solùm furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licèt enim servus minimè deterior factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est. & quemadmodum secundùm juris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra voluntatem domini res ejus contrectat; ipse autem furti actione*

propter dolum suum tenetur: ita & servi corrupti contra eum actio propter suum vitium non abs re extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita, tanquam fuisset re ipsâ servus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate, & in alium servum, qui facilè possit corrumpi, hoc facere pertentet. Dat. Kal. August. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad leg. 20. C. de furtis.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Quatuor diversae sententiae deprehenduntur.*
3 *Sabini sententia refertur, & vestigium signatur.*
4 *Labeonis, seu Proculejanorum sententia.*
5 *Vestigium.*
6 *Tertia opinio.*
7 *Quarta opinio.*

1 TITIUS servum Maevii sollicitaverat, ut quasdam res domino subriperet, & ad se perferret: servus rem domino patefecerat: Maevius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo res quasdam subtrahere, & ad Titium perferre, ut scilicet res furtô subreptas apud Titium conciperet. Quaerebatur, an Titius Maevio vel furti, vel servi corrupti, teneretur, an utrâque actione & furti, & servi corrupti, vel neutrâ. Et quantum licet deprehendere ex verbis hujusce decisionis, & ex §. *sed etsi. Instit. de obligat. quae ex delict.* (2) Quatuor diversae sententiae fuerant Juris auctorum; Alii igitur dabant furti actionem, non servi corrupti; alii servi corrupti, non furti; alii utramque actionem denegabant; alii utramque concedebant. (3) Sabinus in eâ videtur fuisse sententiâ, ut daret furti actionem adversùs Titium, quasi ope consiliô illius furtum factum esset; nam & si Titius tantùm persuasisset servo, ut fugeret, non etiam ut res domino subtraheret, Sabinus dabat furti actionem, *L. qui servo. 36. §. 2. D. de furt.* multò magis dabat furti actionem, si Titius sollicitasset servum, ut furtum faceret. Alia est Sabini sententia, quam refert Gellius *lib. 11. cap. 18. Ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit*: & juxta quam rescripserunt Impp. *L. ult. C. de noxal. action.* Hîc quidem dominus non persuaserat servo suo, ut furtum faceret, sed alieno; nihilominus & in hac specie Sabinus dabat furti actionem: & quamvis Titius ex voluntate Maevii res subreptas contrectasset, quia servus ex voluntate domini res ad eum pertulerat, Sabinus putabat Titium teneri: quod & ex eo refert Gellius d. *cap. 18. Verba sunt Sabini ex lib. juris civilis secundo: Qui alienam rem attrectavit, cùm id se invitô dominô facere judicare deberet, furti tenetur.* & Ulpianus *lib. 42. Ad Sabinum, L. inter. 46. §. penult. D. de furt.* Ex his igitur manifesta est Sabini sententia, furti actionem concessisse in specie hujus decisionis. Sed quamvis daret furti actionem, idem fortè servi corrupti actionem denegabat. (4) Labeo deinceps diversae scholae Proculejanorum non videtur de-

disse

disse furti actionem, quia haec verba, *ope consiliò*, separatim accipiebat: *quia aliud factum est ejus, qui ope; aliud ejus, qui consiliò furtum facit, L. saepe. 53. §. ult. D. de verbor. signif.* Si quis igitur opem tulisset, licèt consilium non dedisset, putabat quidem, eum furti teneri; at non teneri, si quis consilium dedisset, opem verò non tulisset. Quam sententiam & Justinianus attigit §. *interdum. vers. certè. Instit. de obligat. quae ex delict. Qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti*. Quem locum ita intelligo, ut qui consilium dederit furti faciendi, non tamen teneatur, etsi contrectatio secuta sit. Theophilus aliter: Titium, puta, ex consilio non teneri, si Maevius cui consilium dabat furti faciendi, paratus erat jam furtum facere. In eo consentiebant Labeo, & Sabinus, ut si quis consilium habuisset furti faciendi, non teneretur, nisi rem contrectasset, *L. si quis. 52. §. neque. D. de furt. L. fugitivus. 225. D. de verb. signif.* sed in eo dissentiebant, quòd si quis consilium dedisset furti faciendi, (puta, Titius Maevio) & Maevius deinde rem contrectasset; Sabinus dabat furti actionem adversùs Titium, quasi ope consiliò illius furtum factum esset, licèt opem non tulisset: quia haec verba, *ope consiliò*, conjunctim accipiebat. Labeo autem videtur, denegasse actionem furti adversùs Titium, quia haec verba separabat, d. *L. saepe. D. de verbor. signif.* Licèt igitur Titius consilium dedisset, si opem non tulisset, non dabat adversùs eum furti actionem. In specie autem hujusce decisionis Titius, qui consilium dederat furti faciendi, ipse rem contrectaverat; nec tamen putabat Labeo, furti teneri, quia sciente dominò, & non prohibente, contrectaverat. Manifestum (5) vestigium sententiae Labeonis in *L. penult. D. de furt. Si quis cùm sciret, quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere*. Ubi Paulus Labeonem notat, & controversia deprehenditur. Verùm quamvis Labeo furti actionem denegaret, idem fortè servi corrupti actionem concedebat. (6) Alii utramque actionem denegabant furti, quia Titius sciente dominò, & volente, rem contrectaverat: qui voluntatem domini habet, fur non est, *L. de eo. 63. D. de donat. inter vir. & uxor. L. qui vas. 48. §. 2. D. de furt.* Servi corrupti actionem quoque denegabant, quia Titius servum non corruperat, nec deteriorem fecerat. Verba cum effectu accipienda sunt: non satis est, Titium voluisse servum corrumpere, ut incidat in edictum, nisi corruperit; non suasisse, nisi persuaserit. Tum quia inutilis futura esset aestimatio ejus actionis, servò nihilo deteriore factò. (7) Alii utramque actionem concedebant: quod ex his verbis Justiniani satis liquidò colligitur, *An non solùm furti, sed etiam servi corrupti is obligetur, veteres dubitaverunt*. Furti verò actionem dabant, quia Titius res Maevii ad se perlatas contrectasset: nec enim minùs putabant furti teneri, quamvis volente dominò contrectasset, ut jam ex Sabino, & Pomponio retulimus. Dabant etiam servi corrupti actionem, quia licèt Titius servum non corrupisset, tamen punienda erat voluntas Titii, qui corrumpere voluerat; ut in aliis maleficiis voluntas punitur. Servius ad 6. *Aeneid. Dicit autem secundùm Romanum ritum, in quo non tantùm exitus punitur, sed &*

voluntas. Neratius quidem utramque actionem concedebat, & furti, & servi corrupti, ita ut alia aliam non minueret, *L. Neratius. §. quamvis D. de serv. corrupt.* sed hoc quando servus revera corruptus fuerat, furtumque fecerat: an non & in hac specie utramque concedebat, & cùm alii tantùm furti darent, alii servi corrupti actionem, utramque probavit sententiam? veluti apud Ulpianum *lib. sing. regul. tit. de tutel. utramque Cassianorum, & Proculejanorum*: Justinianus hîc quoque utramque actionem furti, & servi corrupti adversùs Titium dari voluit, ut in *d. §. sed etsi. Instit. de obligat. quae ex delict.* suaeque decisionis rationes aptè colligit. Concurrent igitur istae duae actiones poenales, neque alia aliam consumet, quia non ex eodem facto, seu maleficio, sed diversis oriuntur.

IX. *Lex ultim. C. de praetor. pignor.*

Idem A. Juliano P. P.

VETERIS *juris dubitationem* decidentes, *ad duplum genus hypothecarum respeximus; unum quidem, quod ex conventionibus, & pactis hominum nascitur; alud, quod à judicibus datur, & praetorium nuncupatur. Et cùm invenimus in conventionalibus pignoribus, vel hypothecis, non solùm tenentem creditorem adjuvari; sed etiam si ab ea possessione cadat, sive suâ culpâ, sive non, sive fortuitô casu: humanius esse perspeximus, & in praetorio pignore dare recuperationem creditori, quôcumque modô possessionem amittat, sive culpâ suâ, sive non, sive fortuitô casu. Licèt enim incumbere debuerat suo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam; tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benigniùs causam interpretamur, & ei recuperationem donamus*. Datum kal. Augusti Const. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad leg. ultim. C. de praetor. pignor.

1 *Differentiae quaedam inter pignus conventionale, & praetorium.*
2 *Controversia hujus decisionis circa pignus conventionale, non praetorium.*
3 *Conjectura repetitur inter Sabinianos, & Proculejanos.*
4 *Sabinianorum sententia.*
5 *Ratio.*
6 *Vestigium.*
7 *Proculejanorum sententia.*
8 *Eorum ratio.*

INTER pignus, quod ex conventione contrahitur, vel auctoritate judicis, seu pignus praetorium, quaedam sunt differentiae. In pignore conventionali, qui prior est tempore, potior est jure, *L. 4. C. ad Sen. Macedon. L. 2. C. qui potior. in pignor.* non in pignore praetorio, *L. cùm unus.*

unus. D. de reb. auct. judic. possid. In pignore conventionali creditor culpam praestat, & exactam diligentiam; non in pignore praetorio, *L. praetor.* 9. §. 5. *D. eod.* Justinianus hîc unam retulit differentiam inter pignus conventionale, & praetorium, quam sustulit: puta, si creditor rei sibi pignoratae possessionem amisisset, dabatur illi actio ad recuperandam possessionem; non si creditor praetorii pignoris possessionem amisisset. (2) Verùm circa pignus conventionale, an daretur actio ad recuperandam possessionem amissi pignoris conventionalis, totam controversiam fuisse existimo: quam, ut pleraſque alias harum Decisionum altercationes, non nisi sagaci indagine licet restituere. (3) Ex eo fluxisse videtur, quòd Sabiniani naturalem possessionem constituerent, non Proculejani, ut ostendimus *lib.* 2. *Observationum*, *cap.* 31. indeque variae dissensiones inter eos exortae, quas Justinianus sustulit, ut in *L. ult. C. de furt.* & *L. ult. C. de acquirend. possess.* & *L. ult. C. de bon. auct. jud. possid.* (4) Sabiniani igitur putabant, creditorem pignus naturaliter possidere. Javolenus *L. servi.* 16. *D. de usurpat. & usucap.* Julianus *L. per servum.* 37. *D. de acquirend. rer. domin.* & *L. non solùm.* 33. *D. de usurpat. & usucap.* Gajus *L. quaecumque.* 13. §. 1. *D. de Publician.* Paulus ex Juliano, *L.* 1. §. *per servum. D. de acquirend. possess.* atque etiam Ulpianus, ut videtur, ex Juliano, *L.* 3. §. *ultim. D. ad exhibend.* Martianus *L. res pignoris.* 37. *D. de acquirend. possess.* (5) Quòd igitur isti putarent, creditorem pignus possidere, consequens fuit, ut ei darent actionem ad recuperandam possessionem, quam amiserat. (6) Vestigium hujus sententiae deprehendi potest apud Martianum *L. si is qui.* 41. §. 1. *D. de pignor. & hypoth.* & *L. grege.* 13. §. 3. *D. eodem*: quae jungendae sunt cum d. *L.* 37. *D. de acquir. possession.* ex eodem *lib. singular.* Martiani *ad hypothecariam formulam.* Ait Martianus in d. *L. si is qui*, si possessionem antichreseos creditor amiserit, solere *in factum actione uti*, hoc est, utili actione, quae competit exemplo hypothecariae actionis. Hypothecaria actio, seu vindicatio pignoris directa competit ad avocandam possessionem, quae tradita non est, *L. si fundus* 16. §. 3. *D. de pignor. & hypoth. L. si cùm venditor. D. de evictionib.* utilis, seu in factum, ad recuperandam possessionem, quae ubi tradita fuerit, postea amissa est. Sicque intelligenda videtur d. *L.* 13. §. 3. *D. de pignor.* sive ex hypotheca, sive ex antichresi tradita sit possessio; nec in eo antichresis, & hypotheca differunt. Martianus igitur dabat actionem creditori ad recuperandam possessionem, quia putabat eum possidere: eâdem ratione Julianus dabat creditori petitionem servitutum, *L. ei qui* 19. *D. de servitut. L. unic.* §. 4. *D. de remission.* actionem etiam furti, *L. itaque.* 12. in fin. *D. de furt.* Ex istis autem, qui dabant actionem creditori, nonnulli fortè distinguebant, utrùm creditor casu, vel culpâ, vel aliô modô possessionem amisisset: quod hîc Justinianus attigit. (7) Proculejani, creditorem ne naturaliter quidem possidere, existimabant, quia possessio penes duos esse non potest, Labeo *L.* 3. §. *ex contrario. D. de acquirend. possess.* Celsus *L. si ut certo.* §. *si duobus. D. commodat.* Quamvis igitur debitor pignus creditori tradidisset, putabant, non creditorem possidere naturaliter, sed naturalem possessionem per debitorem retineri; cujus nomine

mine creditor possidebat, Celsus *L. quod meo. D. de acquirend. possess.* Ideò Pegasus nec depositarium, nec commodatarium, nec colonum possidere existimat, sed esse tantùm in possessione; non habere possessionem, sed custodiam, *L. officium D. de rei vindicat.* Atque ex illorum sententia creditor dicitur non esse possessor, licèt possessionem habeat sibi traditam, *L. penult. §. creditor. D. qui satisdar. cogant.* (8) Quòd ergo Proculejani non putabant, creditorem possidere, planum est, eos non dedisse actionem creditori ad recuperandam possessionem, quem negabant possidere: at hoc tantùm videtur controversum fuisse in pignore conventionali, non in pignore praetorio. Etenim inter omnes constabat, missum in possessionem vel rei servandae causa, vel damni infecti nomine, vel legatorum, non possidere; sed esse in possessione. Julianus ex Sabinianis, *L. 2. D. pro haerede*, Pegasus ex Proculejanis, d. *L. officium. D. de rei vindicat.* Ulpian. *L. 5.* in princip. *D. ut in possess. legator. L. si quis. 10. D. de acquirend. possess. L. 3. §. creditores. D. uti possidet.* Solus Quintus Mutius aliter senserat, cujus sententiam rejicit *Paulus in L. 3. §. ult. D. de acquirend. possess.* Pomponius *lib. 23. ad Quintum Mutium, L. 12. D. ex quib. caus. in possess.* Actio quidem in factum illis datur, qui missi sunt in possessionem, si pulsi fuerint, *L. 1. §. 3. & L. 3. §. 2. D. ne vis fiat ei, qui in possess.* non autem actio ad recuperandam possessionem, si eam amiserint. Sed cùm Justinianus dissidium circa pignus conventionale inter juris auctores subortum decideret, probavit sententiam Sabinianorum, dareque voluit actionem creditori ad recuperandam possessionem rei sibi pignoratae, quoquomodò eam amisisset, idque ad pignus praetorium extendere voluit: quod tamen ex verbis Justiniani haud ita facilè hìc deprehendi possit.

X. *Lex 13. C. de contrahend. & committend. stipulation.*

Idem Augustus Juliano P. P.

VETERIS *juris altercationes* decidentes *generaliter sancimus*, *omnem stipulationem*, *sive in dando*, *sive in faciendo*, *sive mixta ex dando, & faciendo inveniatur*, *& ad heredes*, *& contra heredes transmitti*, *sive specialis heredum fiat mentio*, *sive non*. *Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes, & adversùs eos transmittatur? & sic existimentur hujusmodi stipulationes quasi tantummodò in dando fuerint conceptae; cùm nihilominus & heredes factum possint adimplere, illâ subtili, & supervacuâ scrupulositate explosâ, per quam putabant, non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, cùm penè similis omnium hominum natura est, non etiam facta omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum*

volun-

voluntates? Dat. Kal. August. Const. Lampadiò, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 13. C. de contrahend. & committend. stipulation.

1 *Controversia repetitur circa stipulationes in faciendo.*	3 *Aliorum sententia, & ratio.*
2 *Vestigium quoddam ex Sabinianis.*	4 *Vestigium ex Proculejanis.*

SIC concipitur stipulatio, ut in datione consistat, vel in facto, vel ut mixta sit, partimque in dando, & partim in faciendo consistat. *Dare*, *facere*, verba in conceptionibus stipulationum solennia, *L. duo. D. pro socio*. *L. 5. §. 1. L. scire. 29. §. 1. D. de verbor. oblig.* & *L. uno. 18. §. 1. D. de acceptilat. L. saepe. 53. D. de verbor. sign.* In datione quodammodò factum versatur; nam dare est rem accipientis facere, *L. ult. D. de condict. caus. dat. L. si ita. D. de contrah. empt. L. 4. D. de usur.* cui jungenda est ex eodem *lib. 27. quaest.* Papiniani, *L. verbum. 218. D. de verb. signif. Dare*, pro *facere* apud alios auctores. Servius ad 12. *Aeneid. vers.* 253. seq.

Dabit ille ruinas Arboribus.

Dabit pro *faciet*. Terentius in *Eunuch. Act. 4. Sc. 3. v. 11. Quas turbas dedit*. In facto solùm potest stipulatio consistere; puta, si quis stipulatus fuerit, fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel quid his simile, *L. stipulationes. 72. D. de verb. oblig.* d. *L. verbum. 218. D. de verb. sign.* sed mixta est quandoque stipulatio, in quâ & factum, & datio versatur; puta, si quis promiserit decem curari, *L. ult. D. de reb. credit. L. illa. 67. D. de verb. oblig.* Circa hujusmodi stipulationes, quae in faciendo consisterent, vel fortè etiam mixtas, altercatio fuerat inter Juris auctores, an stipulatio faciendi ad heredes, & contra heredes transmitteretur, maximè cùm heredis mentio in stipulatione facta non esset. Ad heredes, puta ut promissor, quod defuncto facturum se promiserat, ipsius heredibus facere deberet. In quo quidem altercationem nullam fuisse existimo; sed in id omnes consensisse, ut factum personae cohaereret; puta si Maevius Titium aliquod artificium docere promisisset, Titiò defunctò, non teneretur Maevius docere heredes Titii, *L. 6. §. ult.* in fin. *D. de statulib.* quia quod in persona certa fieri promissum est, id ad aliam personam extendi non debet, *§. sed cùm factum. Instit. de stipulat. servor. L. qui heredi. 44. D. de condit. & demonstr.* At si factum personae non cohaereret, puta, si Titius à Maevio fossam fodiri stipulatus esset, non dubium, quin eam stipulationem ad haeredes transire admiserint: ut non minùs Maevius haeredibus Titii, quàm ipsi Titio fossam fodere teneretur; licèt Titius heredis mentionem non fecisset, quia plerumque tam haeredibus nostris, quàm nobismet ipsis cavemus, *L. si pactum. 9. D. de probat.* si res ad heredem transire possit, *L. stipulatio. 38. §. 10. D. de verb.*

verb. oblig. (1) In eo autem praecipua videtur fuisse dubitatio, an stipulatio faciendi contra heredes transmitteretur; puta, an heres facere teneretur, quod defunctus facturum se promiserat. Quidam putabant, heredem non teneri; quia *non sit possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est*: quàm rationem hîc Justinianus attigit. (2) Vestigium hujus sententiae non malè deprehendi possit apud Javolenum ex Sabinianis, *L. Stichum.* 39. *§. ult. D. de statulib. Si servus operas extraneo dare jussus esset, nullus nomine servi operas suas dandô liberare servum potest*. Hac scilicet ratione, quod iste non daret operas, quas servus debeat, sed alias. Tum quia inter artifices longa sit differentia & ingenii, & naturae, & doctrinae, & institutionis, *L. inter, D. de solution. ex lib.* 7. *disputationum* Ulpiani, ubi hanc fortè controversiam attigerat ille quidam ad mentem Ulpiani.

Hoc ego, tuque sumus; sed quod sum, non potes esse:
Tu quod es, è populo quilibet esse potest.

Quòd si heredis facta esset mentio in stipulatione, & promissor plures heredes reliquisset; dicebant stipulationem, quae in faciendo consisteret, corrumpi, quia factum dividi non debet, *L.* 2. & d. *L. stipulationes.* 72. *D. de verb. oblig.* (3) Contrà, alii dicebant, heredem teneri ex facto, quod defunctus promiserat, quia factum ab alio promissum, *vel plus, vel paulo minus ab alio adimpleri possit; cùm penè similis sit omnium hominum natura*: quam rationem & hîc Justin. attigit. Ut sanè quaedam sunt facta, quae per alios impleri possunt, *L. unic. §. ne autem. C. de cad. toll.* Quòd si factum ab herede promissoris impleri non posset, putabant, difficultatem praestationis non facere inutilem stipulationem, atque id factum recipere aestimationem. (4) Vestigium hujus sententiae apud Ulpianum, ex Celso, qui Proculejanus fuit, *L. si non sortem. §. libertus. D. de condict. indebit.* quam Celsus *lib.* 38. *Digestorum* ex Tuberone retulerat, & Celsus ipse *lib.* 6. *Digestorum*, *L. si quis ab alio.* 13. *D. de re judicat.* ubi ait, omnes faciendi obligationes recipere aestimationem. Atque, ut Celsus putabat, obligationes faciendi ad heredes transmitti; ut ipsis fieri deberet, quod defuncto promissum erat, d. *L. si pactum. D. de probat.* ita quoque adversùs heredes transmitti; ut ipsi facere debeant, quod defunctus promiserit. Quam sententiam hîc Justinianus probat, sublatâ in eo differentiâ inter stipulationes faciendi, & dandi: ut quemadmodum haec, ita & ista, ad heredes, & contra heredes transmittatur. Ceterùm ad hanc decisionem nihil pertinet *L. ult.* inf. *hoc tit.* quae eandem habet subscriptionem cum *L. unic. C. ut act. ab haeredib. & cont.* neque etiam d. *L. unic. §. ne autem. C. de cad. tollend.* sed ad conditiones faciendi, quae testamento imponuntur.

Lex

XI. *Lex ultim. C. arbit. tutel.*

VETERIS *juris dubitationem* decidentes, *sancimus, si quidem tutor, vel curator pro substantia pupilli, vel adulti aliquid ubicumque, dixerit, ad majorem quantitatem eam reducens, sive pro utilitate pupilli, vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcumque causam, nihil veritati praejudicare; sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura, & mensura pupillaris, vel adulti ostendit substantia. Sin autem inventariô publicè factô res pupillares, vel adulti inscripserit, & ipse per hujusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiae; non esse aliud inspiciendum, nisi hoc, quod inscripserit, & secundùm vires ejusdem scripturae patrimonium pupilli, vel adulti exigi: neque enim sic homo simplex (imò magis stultus) invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur. 1. §. Illô proculdubio observandô, ut non audeat tutor, vel curator res pupillares, vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi priùs inventariô publicè factô secundùm morem solitum res ei tradantur: nisi testatores; qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint. Scituris tutoribus, & curatoribus, quòd si inventarium facere neglexerint; & quasi suspecti ab officio removebuntur, & poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subjacebunt: & posteà perpetuâ maculâ infamiae notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione hujus notae fruituri*. Datum Id. August. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ultim. C. arbitr. tutel.

1 *Controversiae quando locus.*
2 *Quorundam sententia, & ratio.*
3 *Aliorum contraria sententia, & ratio.*
4 *Ejus rationis argumentum.*
5 *Tempus inventarii faciendi an tutori praestitutum.*
6 *Tutor suspectus, infamis ob omissum inventarium.*
7 *Quae poenae in eum legitimae.*

SI TUTOR pupilli, vel curator adolescentis majorem substantiam fecisset, quàm re verâ fuerat, vel errore, vel simplicitate, vel consultò, ut pupillum commendatiorem faceret augmentô substantiae; quaerebatur, an id pupillus tutelae, vel adolescens utili negotiorum gestorum actione posset consequi. Si quidem extra jus, judiciumve tutor, curatorve id fecisset, nullam de ea re apud Juris auctores controversiam fuisse existimo, quia solùm confessiones in jure factae noceant, *L. 1. D. de interrogat. in jur. faciend.* (1) Tunc autem locum fuisse controversiae, quando in jure, judiciôve tutor, curatorve id dixisset; vel inventariô publicè factô scribi passus esset. (2) Quidam igitur eô casu actionem pupillo, vel adolescenti adversùs tutorem, curatoremve denegabant; & si con-

consultò à tutore amplius in inventario positum fuisset, quàm pupillus in bonis haberet: quòd in contractibus majores veritas, quàm scriptura vires habere debeat, *L. 1. C. plus valere quod agitur*. In venditione, *L. cùm propria. C. si quis alteri vel sibi*. Donatione, *L. cum precibus. C. de probat. L. nec ignorans. C. de donat.* In actibus legitimis, *L. 2. C. de emancipat. liberor.* Quòd si tutor errore, vel simplicitate ductus id fecisset, dicebant, id tutori minimè nocere debere; quia error facti in damnis nec obesse debeat, *L. penult. D. de jur. & fact. ignorant.* neque errans consentire, aut fateri videatur, *L. 2. D. de judic. L. non fatetur. D. de confess. L. nihil. 116. D. de regul. jur.* His rationibus isti moveri poterant, quas tantùm conjecturâ licet repetere, cùm earum vestigia non appareant. (3) Alii contrà sentiebant, pupillo adversùs tutorem, atque adolescenti adversùs curatorem dandam esse actionem; si in jure, judiciôve id dixissent: quia ibi confessio facta noceat, & quia scripturae inventarii stari oporteat. Errorem verò praesumi non debere, cùm nemo adeò simplex, aut stultus inveniatur, qui in publico inventario contra se aliquid scribi patiatur: quam rationem hîc Justin. attigit. Et fortean hujus sententiae (4) argumentum deprehendi possit apud Ulpian. *L. 4. §. ult. D. de fidejussor.* ubi fidejussores, qui nomen suum in publica acta referri passi fuerint, tenentur, quasi fidejusserint, licèt re verâ interrogati non fuerint: quod in hac, & illâ specie pupillaris favor admittit. Justinianus sic controversiam dirimit, ut ubicumque tutor, vel curator majorem substantiam pupilli, adultive esse dixerit, nihil eis noceat. *Ubicumque*, hoc est, sive in judicio, sive extra judicium: neque aliâs posse tutorem, curatoremve à pupillo, adultôve conveniri, quàm si majorem substantiam inventariò publicè factò inscripserint, inscribive passi fuerint. Eamque praesumptionem inducit, ut tanta sit pupilli, adultive substantia, quanta inventariò inscripta fuerit. Saepe alias praesumptiones inducit Justinianus, ut in *L. antiquae. 23.* sup. *ad Senatusc. Vellejan. L. penult. C. de contrahend. stipulat. Novel. 117. cap. 2.* adversus quas nec probatio admittitur.

Ad §. Illô.

Quod Justinianus hîc praecipit, inventarium fieri à tutore, vel curatore, poenasque imponit, si facere neglexerint; hac parte non est decisio, sed constitutio. Neque enim dubium fuerat, aut controversum ante Justinianum, quin tutor, curatorve repertorium, seu inventarium facere teneretur, *L. 7.* in pr. *D. de administr. & peric. tut. L. tutores. 24. D. eod.* Et duabus aliis constitutionibus infra quindecim dies ab hac Decisione emissis (ut docet subscriptio) id Justinianus statuit, *L. de creationibus.* sup. *de Episcop. audient. L. ult. §. 1. C. de curat. furios.* (5) Tempus non est praestitutum, intra quod tutor inventarium facere teneatur, ait d. *L. 24. de administr. & peric. Mox quàm fuerint tutores ordinati.* & d. *L. ult.* inf. *de curator. furios.* debere tutorem confestim officiô fungi. Harmenopulus tamen idem trimestre spatium tutori concedit *lib. 5. epitom.*

epitom. tit. 11. §. 25. quòd heredi concessum est, ut res hereditarias describat, *L. ult.* §. 2. *inf. de jur. deliber.* & mulieri à morte mariti, ut bona ejus, resque dotales describi faciat, *Novel.* Leonis 110. Illam inventarii faciendi necessitatem testator potest tutori remittere, cujus fidem probè cognitam habeat, non cavere, ut rationibus reddendis minimè sint obnoxii, *L.* 6. §. *quidam. D. de adminiſtr. & pericul.* quô exemplô heredi quoque necessitatem inventarii faciendi remitti posse à testatore, plerique non malè existimant, licèt id Justinianus *Novel.* 1. *cap.* 2. non expresserit, cùm heredis fidem cognitam habeat. Adjiciamus etiam mulieri remitti posse à marito, qui de fide uxoris non dubitet; quamquam & in hac re mulieribus parum fidei haberi debeat: quod & jam olim praesenserat Cujacius *lib.* 14. *obſervat.* 28.

Ad verſ. Scitûris.

Tutor, curatorve, qui inventarium facere neglexerit, dolô fecisse videtur, d. *L.* 7. in princ. *D. de adminiſtr. & pericul.* & propter dolum ut suspectus removetur, (6) sicque infamis, *L. ult. C. de ſuſpect. tutor. L.* 1. §. *ſolent. D. de offic. praefect. urb.* quae poena videtur fuisse legitima ex *XII. Tab.* Quidam etiam hanc legitimam poenam esse ex *XII. Tab.* ut in vincula publica conjiciantur, *L.* 3. §. *qui pecuniam* 16. *D. de ſuſpect. tut.* quam & hìc Justinianus intelligat. Verùm id fiebat extra ordinem, cùm ad praefectum urbi remittebantur, ut in corpus punirentur; Theophilus in §. *libertus. Inſtit. de ſuſpect. tut.* vel in vincula publica conjicerentur, d. *L.* 3. §. 15. & 16. *D. de ſuſpect. tutor.* nam si ita ad praefectum urbi remittebantur puniendi tutores, qui consultò in edendô pupilli patrimoniô quantitatem minuerant, d. *L.* 1. §. *ſolent. D. de offic. praefect. urb. L. in eos. D. de tutel.* multò magis qui inventariô non factô res pupilli attigerant, ut ejus patrimonium invaderent, atque interciperent. (7) Easque poenas legitimas haud dubiè hìc Justinianus intelligit, non ex *XII. Tab.* sed quae ex aliis partibus juris adversus tutores interminatae erant, si inventarium non facerent. Praeter eas poenas vult Justinianus, tutorem perpetuâ infamiae maculâ notari, quâ nec Imperiali beneficiô absolvatur. Id principes solebant indulgere: Sveton. in *Claudio cap.* 16. Symmachus *lib.* 2. *epiſt.* 1. *lib.* 3. *epiſt.* 35. Cassiodorus *lib.* 3. *variar. epiſt.* 46. *Fas eſt principi maculoſas notas vitiatae opinionis abſtergere.* Easdem poenas Leo statuit adversùs mulierem, quae post mortem mariti bona ipsius, resque dotales describere neglexerit, d. *Novel.* Leonis 110. Heres, qui rerum hereditariarum inventarium non fecerit, privatur beneficiô legis Falcidiae, d. *Novel.* Justin. 1. *cap.* 2. atque etiam beneficiô Senatusconsulti Trebelliani privandus videtur, ut non possit quartam ex fideicommissâ haereditate retinere.

XII. *Lex 6. C. de curator. furios.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

CUM aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alios autem morbus non sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio perveniat: & in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciae, aliis majores ab hujusmodi vitio inducantur: Antiquitas disputabat, utrùmne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbô adveniente redintegraretur. Nos itaque ejus ambiguitatem decidentes *sancimus, (cùm incertum est in hujusmodi furiosis hominibus quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio; & impossibile est & in confinio furoris, & sanitatis eum saepiùs constitui: & post longum tempus sub eâdem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam penè furor esse remotus) curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit, quia non est penè tempus, in quo hujusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, & hereditatem adire, & omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt. Sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit, curatorem in contractu suo conjungi, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit; ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, & frequenter tam nascatur, quàm desinere videatur.* Datum Kalend. Septemb. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 6. C. de curator. furios.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Sabinianorum sententia, vestigium, ratio.*
3 *Contraria sententia.*
4 *Media aliorum sententia.*
5 *Justinianaeae Decisionis rationes indicantur.*

QUidam sunt perpetuò furiosi, ut continuâ mentis alienatione omni intellectu careant, *L. Divus. D. de offic. praesid. L. si cùm. §. si maritus. D. solut. matrim.* Hi neque ex contractibus obligari possunt, cùm in omnibus, & per omnia absentium, & quiescentium locô habeantur, *L. 2. §. 3. D. de jur. codicill. L. 5. D. de reg. jur.* neque ex delictis, *L. ult. D. de administr. & peric. L. penult. §. ult. D. ad L. Pomp. de parricid.* Salvianus *lib. 6. de gubernat. Dei: Nulla res minùs culpanda est, quàm amentia, quae voluntatis crimen non habet, ubi furore peccatur.* Alii non sunt perpetuò furiosi, sed habent dilucida intervalla, & quasdam veluti furoris inducias: isti possunt testari, Paulus *lib. 3. sent. tit. 4.* judicare, *L. cùm furiosus*

fus. D. de judic. contrahere, *L. 2. C. de contrab. empt.* (1) Inde tractabant Juris auctores, an curator furioso datus mediis furoris intervallis permaneret; vel redeunte furioso ad sanitatem, curator esse desineret, rursusque illo in furorem recidente, curator esse inciperet. (2) Sabinus in eâ videtur fuisse sententiâ, ut si furiosus sanitatem recepisset, ipsô jure desineret esse in potestate; idque Ulpianus ex Sabino, *L. 1. D. de curator. furios. ipso jure*, id est, sine facto magistratûs. Putabat igitur, ille curationem finiri receptâ sanitate, eam tamen redintegrari, cùm furiosus in furorem recidisset. Sabinus, & Cassius tempora tutelae dividebant; cùm putarent, tutorem in singulas res per tempora, velut ex pluribus caussis obligari, *L. tutorem. 37. D. de administr. & peric. tut.* Ita & curationis tempora dividebant. (3) Contra alii dicebant, curationem non finiri, si furiosus resipisceret; aut redintegrari, si in furorem recideret: sed unam esse curationem, quae haberet intervalla. Ita Ulpianus unam esse tutelam, quae haberet intervalla, *L. 3. §. quòd si. D. de suspect. tutor. L. Titius. 45. D. de excusat. tutor.* cujus inscriptio ex *lib. 13. disputationum Tryphonini* arguit, id tractatum fuisse. (4) Media etiam sententia fuisse videtur eorum, qui distinguebant, utrùm breve, vel longum esset furoris laxamentum: si breve, ut maneret curator; si longum, ut esse desineret. Justinianus eam probat sententiam, ut curator datus in mediis furoris intervallis perseveret, nec adveniente sanitate ipsius curatio desinat. (5) Atque ita suae Decisionis rationem (satis tamen obscurè) colligit, adversùs eos, qui distinguebant, utrùm furiosus breves, vel longas haberet furoris inducias: nam si breves habeat, non debet constitui, mox finiri curatio, crebra & quasi ludibriosa; quae frequenter nascatur, & desinat, ut hîc loquitur Justinianus. Si verò longas habeat, non debet curator sub eâ varietate constitui; quia non est penè tempus, in quo hujusmodi morbus desperatur. Vult igitur Justinianus, curatorem mediis furoris intervallis manere, nihil tamen administrare: superveniente iterum furore, *in contractu suo conjungi*, hoc est, administratione (ita glossa optimi codicis Ms.) ut scilicet una intelligatur curatio, seu curationis administratio: quam alii per furoris intervalla dividebant, dum eam finiri, ac redintegrari putarent. *Lex* autem *9. C. qui testam. fac. poss.* hujusce portio videtur, quae eandem habet inscriptionem, & subscriptionem; duasque illas Decisiones pro una computamus.

XII. *Lex 9. C. qui testam. fac. poss.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

FURIOSUM in suis induciis ultimum condere elogium posse, licèt ab antiquis dubitabatur, tamen & retrò principibus, & nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum *est, quod simili modò antiquos animos movit, si coeptô testamentô furor eum invasit. Sancimus itaque, tale testamentum homi-*

minis, qui in ipso actu testamenti adversâ valetudini tentus est, pro nihilo esse: si verò voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum, vel ultimam voluntatem; & hoc sanâ mente incaeperit facere, & consummaverit nullo tali morbô interveniente, stare testamentum, sive quamcumque ultimam voluntatem, censemus; si & alia omnia accesserint, quae in hujusmodi actibus legitima observatio requirit. Datum Kalend. Septemb. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 9. C. qui testam. fac. poss.

1 *Controversia ab aliis posita rejicitur.*
2 *Aliter restituitur.*
3 *Quorundam sententia, & ratio.*
4 *Aliorum sententia, & ratio.*

QUIDAM testamenti factionem furioso mediis furoris intervallis denegabant; illi scilicet, qui putabant, tunc etiam furioso datum curatorem permanere, *L. penult. sup. de curat. furios.* Nam cùm testamentum sit hominis sani voluntas, *L. Lucius.* 88. §. *Lucius.* 17. *D. de legat.* 2. & quia testatur sanae mentis esse debeat, *L. penult. D. de condit. instit. L.* 2. *C. hoc tit.* non sunt sani omnino, qui furore licèt intermissô laborant. At qui putabant, furore finitô, finiri quòque curationem, & curatorem furiosi desinere, d. *L. penult.* furiosum in furoris induciis ultimum posse condere elogium, facilè admittebant; quod sibi, & retrò principibus placuisse, ait hîc Justinianus. Paulus *lib.* 3. *sent. tit.* 4. *Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest.* Et quidem si de alienis negotiis furioso per inducias furoris judicare permittitur, *L. cùm furiosus. D. de judic.* multò magis de suis rebus supremum ferre judicium; quod est testamentum facere. Sed quaerebatur, an si furiosus sanae mentis effectus, testamentum facere coepisset, & in ipsô actu testamenti faciendi furore caperetur, an testamentum illius valeret. Quam quaestionem praecisè nimis hîc retulit Justinianus, nec restituere promptum est: (1) Etenim parum aptè repetitur (ut nonnulli volunt, controversia ex *L. si is, qui. D. qui testam. fac. poss.* Finge, furiosum, cùm testamentum facere vellet, primos heredes nuncupasse, deinde furore correptum esse, antequam secundos exprimeret, id est, substitutos: magis furiosus coepit facere testamentum, quàm fecit: nec potest valere testamentum imperfectum, non modò si furiosus facere coeperit, sed nec si quilibet alius, d. *L. si is, qui*, & *L. ex ea scriptura. D. qui testam. fac. poss.* (2) An fingendum est, potiùs ad constituendam hujus Decisionis quaestionem, furiosum in sanitate constitutum coepisse facere testamentum; deinde in ipso actu testamenti furore correptum esse; ac mox ad sanitatem reversum, testamentum, quod coeperat, perfecisse? Hoc quidem meritô Justinianus decidere debuit, cùm jam antea constituisset, intermedios actus ex brevi temporis intervallô non vitiare testamentum, *L. cùm antiquitas*, infr. *de testament.* (3) Quidam igitur existimaverant, te-

testamentum hoc modò à furioso factum nullum esse; quòd testamentum unô contextu fieri, nec ullus alienus actus intermisceri debeat: idque ex Sabino refert Ulpianus, *L. heredes.* 21. §. *ult. D. qui testam. fac. poss.* (ubi verba Ulpiani à verbis Sabini facilè est distinguere.) Pariter actus stipulantis, & promittentis debet esse continuus, *L. continuus.* 137. *D. de verb. oblig.* At furore mediô inter coeptum, & perfectum testamentum, non putabant, actum testamenti esse continuum, maximè cùm furor superveniens in dubiô sanitatis, & furoris confiniô testatorem constitueret. (4) Alii verò putabant, testamentum ita à furioso factum valere, neque furorem intermedium vitiare actum testamenti; quasi nihil eô tempore furiosus facere videretur, *L. ult. D. de adminstr. & peric. tut.* qui absentis, & quiescentis locô habetur, *L. 2. §. 3. D. de jur. codicil. L. coram.* 209. *D. de verb. signif.* Justinianus priorem sententiam hîc probavit, neque aliter testamentum à furioso coeptum valere voluit, quàm si in sanitate coeptum, & perfectum sit: quòd si in sanitate coeptum sit, & furor accesserit, vult Justinianus, *pro nihilo esse*: quod est observandum; non enim ait, imperfectum esse, ut eam rationem dubitandi fuisse appareat, non valere hujusmodi testamentum, non quasi imperfectum; sed quasi nullum, utpote non continuô actu factum. Haec autem Decisio maximè convenit cum d. *L. penult.* sup. *de curat. furios.* & fortasse portio quaedam est ipsius, quia eandem inscriptionem, & subscriptionem habet: unâque constitutione plures Decisiones comprehendi potuerunt, ut in *L. ult. §. ult.* sup. *de furt. & serv. corrupt.*

XIII. *Lex ult. C. de furt. & serv. corrupt.*

Idem A. Joanni P. P.

MANIFESTISSIMI *quidem juris est, perpetratô furtô, ei competere furti actionem, cujus interest, ne furtum committatur. Sed quaerebatur apud antiquos legum interpretes, si quis commodavit alii rem ad se pertinentem, & ipsa subtracta est, an furti actio adversùs furem institui possit ab eo, qui rem utendam suscepit, idoneo scilicet constituto: quia & ipse commodati actione à domino pro ea re conveniri possit. Et hoc quidem penè jam fuerat concessum, ut habeat ipse actionem, nisi inopiâ dignoscatur laborare; tunc enim furti actionem domino competere dicebant. Sed ea satis increbuit dubitatio, si tempore quô furtum committebatur, idoneus erat is, qui rem commodatam acceperat; postea autem ad inopiam pervenit, antequam moveatur actio, quae ei competebat: an debeat actio, quae antea ei semel acquisita est, firmiter apud eum manere, vel ad dominum reverti. Tum & hoc quaerebatur, an in casu furti actio ambulatoria sit, necne. Sed omnem talem tractatum alia sequitur subdivisio, si ex parte solvendo sit is, qui rem utendam accepit, ut possit non in totum, sed particularem ei solutionem facere; an habeat furti actionem, vel non*

1. §.

1. §. *Tales itaque ambiguitates veterum, imò magis (quod melius dicendum est) ambages nobis* decidentibus, *in tanta rerum difficultate simpliciter sententia placuit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversùs res accipientem movere desiderat, sive furti adversùs eum, qui rem subripuit: & alterutrâ earum electâ, dominum non posse ex poenitentia ad alteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit, illum, qui rem utendam accepit, penitùs liberari. Sin autem quasi commodator veniat adversùs eum, qui rem commodatam accepit, ipsi quidem nullo modò competere posse adversùs furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversùs furem quidem furti actionem habere; ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam, adversùs eum, cui res commodata fuit, perveniat.* 2. §. *Sin autem nesciens, & dubitans rem non esse apud eum, commodati actionem instituit, postea autem re compertâ voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire; tunc licentia ei concedatur, & adversùs furem venire, nullo obstaculo ei opponendo; quoniam jam incertus constitutus movit adversùs eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem, (nisi domino ab eo satisfactum est, tunc etenim omnimodo furem à domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodatâ domino satisfecit) cùm manifestissimum sit, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati, ignorans rem esse subreptam; postea autem hoc ei cognitô, adversùs furem transivit, omnimodo liberari eum, qui rem commodatam susceperit, quemcumque causae exitum adversùs furem dominus habuerit: eâdem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit.* 3. §. *Sed cùm in secundam dubitationem incidebant, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerit, & lite pulsatus condemnationem passus fuerit; non tantùm in rem furtivam, sed etiam in poenam furti: & postea dominus rei venerit omnem condemnationem accipere desiderans, utpote ex suae rei occasione ortam: alia dubitatio incidit veteribus, utrùmne rem tantùm suam, vel ejus aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem. Et licèt ab antiquis variatum est, & ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias; tamen nobis hoc* decidentibus, *Papinianus licèt variaverit, eligendus est non in prima, sed in secunda ejus definitione, in qua lucrum statuit minimè ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi & lucrum collocetur; ne sit damno tantùm deditus, qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare.* 4. §. *Cùm autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est quaestio, quare non & eam* decidimus? *Cùm enim apertissimi juris sit, non posse maritum constante matrimoniô furti actionem contra suam uxorem habere, quia lex ita atrocem actionem dare in personam ita sibi conjunctam erubuit: ejusmodi incidit veterum sensibus quaestio. Quidam etenim, re sibi commodatâ, hujusmodi rei furtum à sua muliere passus est, & dubitabatur, utrùmne domino rei furti actiô contra mulierem praestaretur, an propter necessitatem causae, & maritus ejus utpote actioni commodati suppositus possit habere furti actionem. Et auctores quidem Juris satis, & in hac specie contra se jur-*

jurgium exercuerunt, ex praesenti autem lege, & anterioribus nostris Decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest & haec species apertiùs dirimi. Si enim domino dedimus electionem ad quem voluerit pervenire, sive ad eum, qui rem commodatam accepit, sive contra eum, qui furtum commisit: & in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat, si ipsum dominus elegerit; dominus autem omnem licentiam possideat sive adversùs maritum commodati, sive adversùs mulierem furti actionem extendere: ita tamen, ut si ipse, qui rem commodatam accepit solvendo sit, nullô modô adversùs mulierem furti actio extendatur, ne ex hujusmodi occasione inter maritum, & uxorem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur; & forsitan maritô volente uxor ejus extrahatur, & furti patiatur poenalem condemnationem. Datum 15. Kalend. Sept. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ultim. C. de furt. & serv. corrupt.

1 *Controversia prima ex aliis inter utriusque scholae auctores indicatur.*
2 *Secunda restituitur, & rationes colliguntur.*
3 *Tertia quoque restituitur.*
4 *Media sententia deprehenditur.*
5 *Justiniani Decisio exponitur.*
6 *Sabiniani inter se dissidentes.*
7 *Sabini sententia, & ratio.*
8 *Contraria aliorum sententia, & ratio.*
9 *Papinianus variavit in eâdem quaestione.*
10 *Deprehenditur quibus in locis variaverit.*
11 *Quorumdam distinctio rejicitur.*
12 *Mira sententiarum diversitas.*
13 *Unde Jurisconsulti facilè variaverint.*
14 *Controversia §. ultimi exponitur, & rationes colliguntur.*
15 *Interpretatio L. 2. C. rer. amotar.*
16 *Lectio defenditur.*
17 *Ordo leg. penult. & ult. hujus tit. inversus.*

NON semper is, cujus interest ne furtum committatur, furti agere potest, *L. eum qui.* 14. §. 10. *L.* 49. 53. §. 3. *D. de furt.* sed ita si rem domini voluntate teneat, eamque suô periculô habeat: puta, si res deposita, locata, pignori data, aut commodata fuerit, d. *L.* 14. §. *quales. L.* 85. *D. eod. L.* 1. §. *& generaliter. D. de vi bon. raptor.* ita creditori datur actio, si res pignori data illi subripiatur, *L. si pignore. D. de pign. act. L. creditoris.* 15. & *L. creditori.* 87. *D. de furt.* Verùm non convenit Paulo Ulpianus, *L. inter.* 46. §. 4. *D. eod.* qui debitori dat furti actionem, si modò plus valeat, quàm pro pignore debetur; non ergo in summam pignoris, sed tantùm creditô tenus. Atque in his omnibus dissentiebant utriusque scholae auctores. Sabinus dabat furti actionem colono: quod Ulpianus, & Paulus in *libris ad Sabinum* referunt, d. *L.* 14.

§. 2. & *L.* 26. §. 1. *D. de furt.* Gajus ex Sabinianis, *L.* 6. *D. locat.* Labeo contrà dabat domino furti actionem, non colono, *L. cùm in plures.* §. *messem. D. locat.* Ulpianus igitur sententiam Labeonis refert in d. *L.* 52. §. 8. *D. de furt.* si conferatur *L.* 50. & d. *L.* 52. §. 11. *D. eod.* Paulus utrique dat actionem, domino, & colono, *L.* 82. §. 1. *eod.* Sabinus dat furti actionem fulloni, si vestimentum, quod poliendum fullo acceperit, ei subreptum sit. Ulpianus *lib.* 28. *ad. Sabinum*, *L.* 12. in princip. & *lib.* 42. *ad Sabinum*, *L. qui vas.* 48. §. *si ego. D. de furt.* Labeo contrà dat actionem furti domino, non fulloni, *L. cùm in plures.* §. *vestimenta. D. locat.* (1) Ita cùm in quaestione hujusce Decisionis Sabinus daret furti actionem commodatario, d. *L.* 14. §. *non solùm*, & *L.* 53. §. 1. *D. de furt.* probabile est, Labeonem non commodatario, sed ipsi domino rei commodatae concessisse. Verùm id *jam penè* (sic legendum est) *concessum fuisse* hìc ait Justinianus, ut commodatarius haberet furti actionem, si solvendo esset; nec denegaretur actio furti, nisi inopià laboraret: hoc est, sequaces Labeonis, & ex eà scholà auctores furti actionem concessisse: ut Celsus apud Ulpianum *L.* 7. in princip. *D. commodat.* & d. *L.* 14. §. 10. *D. de furt.* id quasi jam concessum, receptumque scribit Modestinus *lib.* 2. *Differentiarum in collat. leg. Mosaic. tit.* 10. *Is verò, cui commodata res sit, furti experiri debebit, si modò solvendo fuerit.* Non aliter etiam dabant actionem furti fulloni, quàm si solvendo esset, d. *L.* 12. in princip. & *L.* 52. §. 9. *D. de furt.*

Ad vers. Sed ea satis, & vers. Sed omnem.

Si commodatarius tunc, cùm res furtò subtraheretur, solvendo erat, & postea inops fieret, antequam movisset actionem furti: quaerebatur, an actio furti, quae priùs commodatario competierat, cùm solvendo esset, propter inopiam illius rediret ad dominum rei commodatae. (2) Ex his, qui dabant actionem furti commodatario, si solvendo esset, quidam existimabant, propter inopiam commodatario supervenientem, non minùs ei competere furti actionem: quia quod alicubi deberi coepit, certis modis desinit deberi, adeò ut obligatio ad tempus constituta tempore non finiatur, *L. obligationum.* 44. §. 1. *D. de obligat. & act.* Alii putabant, actionem furti esse ambulatoriam, & hoc casu ad dominum redire, si commodatarius solvendo esse desineret: quia ut ab initio actionem furti commodatario vel fulloni non aliter concedebant, quàm si solvendo esset, *L. si quis.* 52. §. 9. & *L. qui injuria.* 53. §. 1. *D. de furt.* ita etiam denegabant si solvendo esse desineret, quia nihil interesse potest, nihilque periculo illius esse, qui nihil habet. Vestigium illius sententiae in *L. itaque.* 12. in princip. *D. eod.* (3) Praeterea quaerebatur, an si commodatarius pro parte solvendo esset, non in solidum, illi actio competeret. Quidam hoc casu actionem furti commodatario denegabant: in qua sententia Javolenum fuisse deprehenditur ex *L. solvendo.* 114. *D. de verb. signific.* quae pertinet ad tractatum de furtis, & jungenda est cum *L.* 71. & 73. *D. de furt.* ex eodem *lib.* 15. Javoleni *ex Cassio.* (4) Quidam fortè actionem

furti

furti inter dominum rei commodatae, & commodatarium dividebant, quatenus cujusque interérat; ut ex sententia Ulpiani, dividitur inter dominum rei pigneratae, & creditorem, d. *L.* 12. §. 2. *L.* 46. §. 4. *D. eod.* inter dominum proprietatis, & fructuarium, d. *L.* 46. §. 1. ex sententia Pauli inter dominum fundi, & colonum, quatenus utriusque interest, *L.* 82. §. 1. *D. eod. tit. de furt.*

Ad §. Tales, & §. Sin autem.

Justinianus probat eorum sententiam, qui putabant domino rei commodatae furti actionem competere; eique dat electionem, sive actione commodati agere velit adversùs commodatarium, seu actione furti adversùs furem: ita tamen, ut si dominus sciens actionem furti moverit, non possit deinde commodati agere: quamquam aliàs poena furti cum actione commodati non confunditur, *L. qui servum.* 34. *D. de obligat. & actionib.* Sed si insciens dominus, vel dubitans commodati egerit; hoc est, cùm nesciret, vel dubitaret, rem commodatam furtô esse subreptam: permittit Justinianus domino ad furem transire, relictô commodatariô; siquidem melius est domino agere adversùs furem poenali actione furti, si solvendo est, quàm adversùs commodatarium. In actione commodati venit simplum, in actione furti duplatur, vel quadruplatur quanti res est, *L. in furti.* 50. *D. de furt.* Sed finge, cùm dominus nesciret, furtum factum esse rei commodatae, egisse commodati, & commodatarium domino satisfecisse: eô casu vult Justinianus, soli commodatario, qui domino satisfecerit, actionem furti competere: idque ita vult obtinere, sive commodatarius in solidum, sive pro parte solvendo sit. Eamque sententiam, ut simpliciorem probare se testatur, atque alibi sibi magis simplicitatem, quàm difficultatem placere in legibus, §. *sed quia. Instit. de fideicommiss. heredit.* (5) Getera verba illa in §. *sin autem*, & §. *quae de fullone*, *Instit. de obligat. quae ex delict. nascunt. Nisi domino ab eo satisfactum est: tunc enim omnimodò furem à domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodatâ domino satisfecit*: inclusa parenthesi legenda sunt: & quod sequitur, *cùm manifestissimum sit, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati, ignorans rem esse subreptam; postea autem hoc ei cognitô, adversùs furem transivit, omnimodò liberari eum, qui rem commodatam susceperit*: referendum est ad id, quod suprà dixerat, si dominus inscienter commodatarium elegisset, & postea vellet adversùs furem agere, nullum ei obstaculum debere commodatarium opponere: quia si temere dominus à commodatario ad furem transeat, commodatarius commodati actione liberetur; licèt rem suam à fure servare non possit.

Ad §. Sed cùm in secundam.

Finge, commodatarium adversùs furem egisse furti, & poenam dupli, vel quadrupli, remque ipsam à fure recepisse; quaerebatur, an commoda-

tarius omnem condemnationem domino restituere deberet: idque inter eos, qui dabant actionem furti commodatario, hoc est, inter (7) Sabinianos, qui dabant condictionem incerti commodatario ad revocandam possessionem, non minùs quàm creditori datur, *L. si pignore. D. de pign. act. L.* & *ideo. §. ultim. de condict. furtiv.* quia utrumque putabant possidere, ut ostendimus *lib. 2. Observationum. cap. 31.* Sabinus putabat, si commodatarius adversùs furem egisset, lucrum penes eum manere debere, non restitui domino rei commodatae: (7) quae Sabini sententia deprehendi potest apud Pompon. *lib. 11. ad Sabinum, L. 15. D. commodat.* & Gajum ex eâdem scholâ, *L. 6. D. locat.* Ratio illorum fuit, quam hîc Justinianus attigit, quòd res commodata sit periculo commodatarii, qui eam domino restituere tenetur actione commodati, licèt à fure servare non possit: at lucrum illius esse debeat, cujus est periculum, *L. 10. D. de reg. jur. ex lib. 3.* Pauli *ad Sabinum*, ut ita liquidò probetur Sabinum in eâ fuisse sententiâ, eâque ratione suam probasse sententiam. (8) Contrà ex his alii sentiebant, commodatarium, qui furti egerat adversùs furem, lucrum domino restituere debere. Ratio illorum fuit, quam hîc quoque Justinianus obiter retulit, ut lucrum rediret ad dominum, quod occasione rei suæ ortum esset. Satis esse dicebant, commodatarium habere usum rei commodatæ gratuitum; non etiam lucrum captare debere, quod occasione rei commodatæ obtingeret. (9) In eâ quaestione Papinianum variasse, hîc Justinianus refert. Primùm Papinianus senserat, lucrum domino restitui debere à commodatario, quod occasione rei commodatae habuisset; deinde in contrariam (quae Sabini fuit) sententiam iverat, lucrum id minimè debere ad dominum rei pervenire. Haud facilè est deprehendere quibus in locis ita Papinianus variaverit, (10) sed fortasse prima illius sententia fuit *lib. 9. quaestionum*, ubi de furto egerat: & argumento est *L. 79. D. de furt.* quae jungenda est cum eo, quod refert Ulpianus ex eodem *lib. 9. quaestionum*, d. *L. si pignore, D. de pignor. act.* Ut enim volebat Papinianus totum id, quod creditor ex re sibi pignoratâ perceperit, debito imputare; & ita lucrum esse domini rei pignoratae, non creditoris, qui furti egerat: eundem Papinianum eodem *lib. 9. quaestionum* scripsisse probabile est, ut si quid lucri commodatarius ex re commodatâ percepisset, totum id domino restituere deberet. (11) Neque enim diversa est ratio creditoris, & commodatarii: neque aliter interest creditoris, ratione scilicet debiti, aliter commodatarii, ratione usus, qui furto intercipitur: imò utriusque pariter interest ratione culpae, quam creditor in re pignoratâ, ut commodatarius in re commodatâ praestare debeat. Ideò creditoris interest in solidum, non ratione debiti, *L. creditoris. 15.* & *L. creditori. 87. D. de furt.* quia rem pignoratam restituere debeat: in actione furti id, quod interest aestimatur ratione rei furtò subreptae, *L. 14. §. 10.* & *L. in furti. 50. D. eod.* non ratione usûs, qui intercipitur, vel creditori, vel commodatario. Alia fortè esset ratio coloni, *L. is qui. D. locat.* quia colonus mercedem, seu pretium conductionis solvit, non commodatarius. Ideo quamvis Labeo non daret furti actionem colono, sed domino, tamen putabat, dominum ex conducto

teneri

teneri restituere, quod à fure exegisset, *L. cum in plures*, §. *messem. D. eod.* Secunda Papiniani sententia fortasse fuit *lib.* 12. *quaestionum*, in quo etiam de furtis egerat. Argumento est *L.* 80. *D. de furt.* & quod ex eôdem *lib.* 12. *quaestionum* retulit Ulpianus in *L.* 12. §. *ult. D. eod. Semper creditoris interesse, etiam si debitor solvendo sit*. In hac secundâ opinione Papinianus probaverat sententiam Sabini, ut & cùm sententiam mutavit, *L.* 6. in fin. *D. de serv. exportand.* & secundam hanc Papiniani sententiam Justinianus probare maluit, ut illius sit lucrum, cujus est periculum. Auctores tamen Basilicon primam Papiniani sententiam probare maluerunt, *lib.* 60. *tit.* 6. ut commodatarius domino non tantùm rem, sed & poenam reddere debeat; malèque hac ratione utuntur: *ut enim ad dominum rei periculum spectat, sic & lucrum ad eum pertinere debet*: nec Thalaelaeus se expedit. Ita Tribonianus primam, non secundam Papiniani sententiam probare voluit, *L.* 7. *D. de serv. exportand.* (12) tanta est in sententiis hominum diversitas, ut quod Papinianus ipse reprobaverit, alii magis probaverint. (13) Porrò mirum nulli esse debeat, Papinianum illum subtilissimi, & excellentissimi ingenii variasse, quod aliis quoque juris auctoribus contingit; Nam quemadmodum Stoici non adeò pertinaciter placitis decretisve suis inhaerebant, ita Iurisconsulti eorum doctrinâ imbuti facilè mutabant sententiam, si quando alia potior videretur, ut ostendimus *lib.* 1. *Observat. cap.* 9.

Ad §. *ultimum.*

Si rem mariti propriam uxor subriperet, quidam negabant furtum facere, ut Nerva, & Cassius; quòd vitae societas eam quodammodo dominam faceret: alii putabant, furtum facere, sed furti actionem non dari, ut Sabinus, & Proculus, *L.* 1. *D. de act. rer. amot.* (ubi fortè nomina Jurisconsultorum diversae scholae interturbata sunt) quia uxor erat marito filiae loco, ea scilicet, quae per coëmptionem in manum potestatemque viri venisset: Gajus *lib.* 3. *Instit. in collat. leg. Mos. cum leg. Rom. tit.* 16. Servius *ad* 1. *Georg. Illa in filiae locum, maritus in patris veniebat*. At filiusfamilias licèt furtum faciat patri, non tamen furti adversùs eum agi potest, *L. ne cùm*. 16. *D. de furt.* Aliam rationem affert hîc Iustinianus, non dari actionem furti marito adversùs uxorem, *quia lex tam atrocem actionem in personam adeò conjunctam dare erubuit*, utpotè poenalem, & famosam. Sed finge; uxorem, rem quam Titius marito commodaverat, subtraxisse; quaerebatur, an eô casu maritus adversùs uxorem furti agere posset: quia Titius commodati egerat adversùs maritum. (14) Quidam dabant furti actionem marito, quia uxor non rem mariti, sed Titii contrectasset. Alii dabant non furti actionem, sed actionem in factum, *L.* 2. *C. rer. amotar.* quibus verbis temperabant furti actionem, eamque in simplum dabant favore nuptiarum, ut servi corrupti, *L. ultim. D. de serv. corrupt.* Vestigium hujus controversiae certum non apparet; sed tamen eam Ulpianus *lib.* 30. *ad edict.* & Paulus *lib.* 6. *quaestion.* videntur attigisse, *L.* 17. §. *ult.*

L. 18.

L. 18. & L. 28. *D. de act. rer. amotar.* Justinianus hîc dat electionem Titio domino rei commodatae; ut vel adversùs maritum agat actione commodati, vel adversùs uxorem actione furti: vult autem ipsum maritum, si conventus fuerit à Titio actione commodati, non propterea agere furti adversùs uxorem, sed rerum amotarum: quod noviter Justinianus constituit, marito dari rerum amotarum actionem constante matrimonio, quae non nisi post divortium datur, *L.* 17. in princ. *D. eod. L. ult.* §. 2. *D. de divort. d. L.* 2. *C. rer. amotar.* Actio rerum amotarum non est poenalis, sed in simplum, *L.* 16. *D. de act. rer. amotar.* nec famosa: quod tamen nonnulli malè tentant ex *d. L.* 2. *C. eod.* (15) Intelligenda est de actione furti, quae poenalis est, & famosa, non de condictione rerum amotarum. Verùm quamvis Justinianus dederit electionem domino, vel agere commodati adversùs maritum, vel furti adversùs uxorem; non tamen, aliter vult Titium adversùs uxorem furti agere, quàm si maritus solvendo non sit, ne hujusmodi occasione talem machinationem maritus inveniat, ut *volente eo* uxor furti condemnata extrahatur. (16) (Sic omnino legendum est, non, ut quidam legunt, *nolente eo*: cur enim nollet maritus uxorem extrahi, quae rem sibi commodatam furtô subtraxerit?) (17) Inversus fuit ordo hujus Decisionis, quae praeponi debuit ante *L. penult. sup. hoc tit.* ut ex subscriptione utriusque collata deprehenditur.

XIV. *Lex penult. C. de adoptionib.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

CUM in adoptivis filiis, qui filiifamilias constituti, à patribus naturalibus aliis in adoptionem dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio: si oporteret talem filium, qui praeteritus à naturali patre fuerat, habere contra ejus testamentum de inofficioso actionem: (Quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Martianus verò distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem: naturalis quidem, voluntate ejus circumventus; adoptivi, propter egestatem, quam fortè habebat) & iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum jus adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat: neque enim contra patris naturalis voluntatem, (quia mortis ejus tempore in aliena fuerat familia constitutus) neque contra adoptivum patrem, (quia per emancipationem ejus familiâ exemptus est.) Ideo talem dubitationem resecantes, & tale vitium corrigentes sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam personam factam jura naturalis patris minimè dissolvi; sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Cùm enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die & filius fieri, & extraneus per emancipationem in-

inveniri: quis patiatur, jura patris naturalis nexu divinò copulata, ludibriò defraudari? cùm in hoc casu & contradicendi filio ex jure veteri detur licentia, & invitus transire ad aliam non cogitur familiam. Omnia igitur, secundùm quod jam disposuimus, cùm ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra jura, sive ad inofficiosi querelam, sive ad alias omnes successiones, sive ab intestato, sive ex testamento, quae liberis deferuntur; ut ipse possit & prodesse patri naturali, & ab eo naturalia debita percipere. Si verò pater naturalis avo materno filii sui, vel si ipse fuerit emancipatus etiam avo paterno, vel proavo simili modò paterno, vel materno filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu, quia in unam personam concurrunt & naturalia, & adoptionis jura, maneat stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculò copulatum, & legitimò adoptionis modò constrictum: & ad eum solum respiciat filius, cui eum & natura aggregavit, & lex per adoptionem assignavit. & Papiniani sententia in hac specie procedat, & ad eum tantummodò filius adoptivus spem totam extendat, & non patris naturalis successionem molestare concedatur: sed avitâ, & proavitâ tantummodò reverentiâ protegatur, eique acquirat, quae possunt acquiri, & prodesse; & is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit, & natura non dereliquit. Neque enim Martiani distinctioni locum esse in hoc casu invenimus, ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avitâ, & proavitâ affectione haec omnia resecante: sed haec omnia manere integra, nisi avus, & proavus emancipatum fecerint filium adoptivum: tunc etenim necesse est iterum ad patrem naturalem eum reverti, cùm emancipationis interventu adoptio in quacumque personâ facta solvitur. 1. §. Sed ne articulum adoptionis in extraneam personam factae sine lege relinquamus, licentiam damus tali adoptivo patri, id est, extraneo, si voluerit, nihil ei testamentò suò relinquere: sed quidquid ei reliquerit, hoc libertatis sit, & non legitimò vinculò astrictum. Cùm enim per omnia naturae suae filium aggregaverimus, manifestissimum est, quòd & acquisitiones omnium rerum, quae ad filiumfamilias pervenerint, secundùm leges nostras non adoptivo extraneo patri, sed naturali usque admodum ususfructus perveniant; & permaneant in sacris patris naturalis, quasi imaginariâ quâdam, & novâ affectione ei acquisitâ, non pristinae cognationis diminutione introductâ. Sed si quidem remaneat in tali adoptione, nullâ interveniente emancipatione, in hoc tantummodò prodesse ei volumus adoptionem, ut non successione ab intestato patris extranei adoptivi defraudetur; sed habeat accessionem fortunae ex patris naturalis sibi voluntate acquisitam. Neque enim ex veteri jure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant jura adoptiva, certis reliquiis ex jure naturali remanentibus: & qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturali fuerat cognatus. Quis enim materna jura posset abolere, cùm videbatur & ex antiquo jure patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit? Et ideò sancimus, etsi habeat hujusmodi filius jura integrae naturae, attamen si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui heredis jus ad ejus tantummodò successionem: ut non etiam legitima jura ad familiam extranei patris adoptivi habeat,

beat,

beat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat; sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur. 2. §. Sin autem per emancipationem jura adoptiva fuerint dissoluta, tunc nullus ei penitùs regressus ad adoptivum extraneum patrem, etsi moriatur intestatus, relinquatur: sed maneat tantummodò patrem naturalem cognoscens, tanquàm non fuisset ab initio in adoptionem translatus. 3. §. Quae autem de aliis adoptivis diximus, haec sancimus etiam de his, qui ex Sabiniano Senatusc. ex tribus maribus fuerant ab extraneo adoptati; nullâ penitùs differentiâ inter alios adoptivos, & eos introducendâ. 4. §. Quae in filio diximus in adoptionem à patre datô; haec & in filia, & in nepote, & nepte, & deinceps personis utriusque sexus in sacris patris constitutis extendimus: si tamen tempore mortis avi sui parentes eos, vel eas non antecedant. Si enim patres eos antecedant, (ubi nec imponitur necessitas avo aliquid nepoti, vel nepti relinquere) maneant omnia jura adoptiva ei intacta: haec enim omnis sanctio de filiô, & filiâ, de nepote, & nepte, & deinceps personis in sacris constitutis introducta est, ubi dubitabatur, quid statuendum esset, quasi duobus patribus, unô ex natura, & alterô ex lege impositis. 5. §. Ubi autem homo sui juris constitutus per arrogationem ex Augusta liberalitate sese dederit in adoptionem; tunc omnia jura patris adoptivi habeat intacta. Cùm enim nullum inter patres inducitur discrimen, sit suus heres adoptivus patri arrogatori, & familiae ejus aggregetur: & omnia, quae ad filium arrogatum veteres legum latores introduxerunt, intacta, illibataque in eorum personis reserventur. Datum Kalend. Septemb. Constantinop. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. penult. C. de adoptionib.

1 *Vetus controversia hujus Decisionis, quamvis à Papiniano tantùm repetatur.*
2 *Papiniani sententia, & ratio.*
3 *Pauli sententia deprehenditur, & mens Justiniani.*
4 *Contraria aliorum sententia, & vestigium; ratio.*
5 *Martiani distinctio rejecta.*
6 *Alia Justiniani distinctio.*
7 *Lux Plinio.*
8 *Mens Justiniani deprehensa.*
9 *Differentiae inter adoptionem antiquam, & Justinianeam colliguntur.*
10 *Ratio Senatusconsulti Sabiniani.*
11 *Lectio defenditur.*
12 *Quare jus adoptionis, non adrogationis fuerit immutatum.*

TITIUS pater naturalis filium suum in adoptionem dederat Maevio, & dum postea testamentum faceret Titius, filium suum testamentô praeterierat: quaerebatur, an filius testamentô patris naturalis praeteritus, movere posset querelam inofficiosi, cùm in adoptivâ esset familiâ eô tempore, quô pater naturalis moreretur. Nam si quidem emancipatus fuisset à patre adoptivo, ut emancipatus admittebatur non ad querelam inofficiosi testamenti, sed ad bonorum possessionem contra tabulas, *§. at hi, qui. Instit. de hered. quae ab intest.* (1) Et haec quidem vetus fuit quae-

quaestio, atque inter veteres Jurisconsultos tractata, quamvis eam solùm à Papiniano Justinianus hîc referat. (2) Papinianus negabat filio in adoptionem dato querelam inofficiosi adversùs testamentum patris naturalis: & haec ratio Papiniani fuit, quam Justinianus infra attigit: quòd filius *ad patrem adoptivum totam spem extendere debeat, non successionem patris naturalis molestare*. Siquidem adoptivus filius abdicabat se familiâ patris naturalis, cùm in adoptionem daretur. Servius in *sched. ad* 2. Aeneid. *Consuetudo apud antiquos fuit, ut qui in familiam, vel gentem transiret, se abdicaret ab ea, in qua fuerat, & sic ab alia reciperetur*. Fiebat adoptio per mancipationem, seu imaginariam venditionem: at hoc in mancipatione agebatur. D. Augustinus *lib.* 1. *contra secundam Juliani responsionem: Emancipatum hominem dicis adeò, nec attendis, hoc cum emancipato agi, ut in familia patris non sit*. Ita igitur in adoptionem dati liberi, quoad patrem naturalem, quamdiu erant in adoptiva familia, erant extraneorum locô, §. *adoptivi*. *Instit. de exhered. liberor.* Tribonianus aliam rationem affert in *d.* §. *at hi. Instit. de hered. quae ab intest.* Ideò sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrùm ad liberos ejus, an ad agnatos. Deprehendi potest, & alia ratio in *L. si pater.* 17. *D. de bonor. possess. cont. tab.* non debere queri filium adoptivum de testamento patris naturalis, quòd ei alium patrem assignasset. Ulpianus Papiniani sententiam probaverat, *L.* 8. §. 10. *D. eod. tit. de bon. poss. cont. tab.* impune filium in adoptiva familia constitutum, à patre exheredari posse. Paulus quoque inofficiosi querelam *sine effectu* dereliquerat, ut hîc Justinianus: quod nonnulli malè accipiunt, quasi Paulus quaestionem indecisam reliquerit, ut quandoque Juris auctores se dicunt subsistere. (3) Verùm alia mens est Justiniani parùm hactenus deprehensa. Filius, qui agere volebat querelâ inofficiosi testamenti, petebat bonorum possessionem litis ordinandae gratiâ, *L.*8. §.1. *D. de inoffic. testam. L. jure.* §. *ult. D. de testam. tutel.* si filius obtinuisset apud Centumviros bonorum possessio erat cum re, id est, *cum effectu*. Ulpianus *lib. sing. reg. tit.* 28. *L. quod vulgo.* 19. *D. de bonor. possess. cont. tab.* si non obtinuisset, bonorum possessio erat sine re, id est, *sine effectu*. Paulus igitur non negabat abscissè querelam inofficiosi testamenti filio adoptivo, ut Papinianus, sed *sine effectu* dereliquerat, hoc est, putabat, eam bonorum possessionem sine re, seu sine effectu fore: quod etiam attigimus *lib.* 3. *observat. cap.* 35. (4) Contrà alii sentiebant, filio in adoptionem dato competere querelam inofficiosi testamenti: atque ita filium M. Anci Carseolani equitis Rom. naturalis patris testamentum, quò praeteritus fuerat, apud Centumviros rescidisse refert Valerius *lib.* 7. *cap.* 7. quamvis à Suffenate avunculo suo adoptatus esset. Sext. Pompejus in *schedis lib.* 11. *de verb. signif.* in *verb. Mancipatus. Mancipatus, ita adoptantis, ut patris sui heres erat: adoptivus enim ejus, qui adoptat, tam heres est, quàm si ex eo natus esset; sui patris, quasi in potestate alienâ non esset, ita est legitimus & suus heres, ut patet manifestè ex eo, quod ait Ser. Sulpitius in eâ oratione, quam scripsit, & habuit pro Aufidia*. Id duriusculum, suum heredem esse pa-

tris naturalis filium adoptivum, qui per adoptionem in alienam familiam transiit: sed querela inofficiosi testamenti non dabatur nisi suis heredibus, & qui in potestate morientis fuissent. Ratio istorum fuit, quòd civilis ratio naturalia jura non possit tollere, *L. eas, D. de capit. minut.* (5) Martianus distinguebat inter utramque sententiam: quod saepe etiam Paulus, Ulpianus, atque alii praestiterunt, & à nobis fuit observatum *lib. 1. observat. cap.* 6. Ita ergo distinguebat, ut si quidem pater adoptivus inops esset, haberet filius querelam inofficiosi adversùs testamentum patris naturalis; quasi pater filium circumvenisset, cùm eum inopi in adoptionem dedisset: si verò locuples esset pater adoptivus, queri non posset filius, qui ex bonis patris adoptivi aliquid speraret. Id fortè Martianus scripserat *lib. 4. Institut.* ut colligi potest ex *L. adversùs. D. de inoffic. testament.* Verùm in distinctione Martiani vitium fuisse ostendit Justinianus; nam fieri poterat, ût mortuô patre naturali filius in adoptionem datus emanciparetur à patre adoptivo: quô casu etsi maximè locuples esset pater adoptivus, nihil filius ex bonis ipsius sperare audebat, cui omnino erat post emancipationem extraneus, d. §. *at hi. Instit. de hereditatib. quae ab intestat.* Unde Martiani distinctio non sufficiebat, (6) & Justinianus aliter hîc distinguere voluit: utrùm filius extraneo patri in adoptionem detur, vel avo materno, aut paterno, aliisve ascendentibus. Primô casu, si filius extraneo in adoptionem datus sit, vult Justinianus, omnia jura patris naturalis manere integra, sive ad querelam inofficiosi, sive ad successionem ab intestato, vel ex testamento, quasi in adoptionem datus non fuisset. Rationem elegantem subjicit, scilicet non tantùm valere debere adoptionem, ut per eam jus naturale tollatur. Adoptio est imago, commentum, *L. 76. D. de condit. & demonstrat. ludibrium*, ut hîc loquitur. Etenim in adoptionibus mulieres parturitionem simulabant, & ludicra ista (ut videtur) peragebantur in cubiculo, apud genitalem thorum. (7) Plinius in *Panegirico*: *Itaque non tua in cubiculo, sed in templo; nec ante genialem thorum, sed ante pulvinar Jovis optimi adoptio peracta est.* Non igitur imago rei veritatem, seu naturam debet vincere. Tum quia adoptio possit facilè desinere, tantaque sit adoptionis fragilitas, ut adoptivus unô die possit filius fieri, eôdemque extraneus per emancipationem inveniri. Actus adoptionis fiebat per trinam mancipationem patris naturalis, & duas manumissiones patris adoptivi, *L. ult. hoc tit.* Sed haec omnia unô die peragi poterant, Paulus *lib. 2. sent. tit.* 25. ac praeterea tertia manumissio patris adoptivi intervenire debuit, quae filium emanciparet, & faceret extraneum: unde adoptivi liberi post emancipationem patris adoptivi nomen amittunt, *L. 4. D. si tab. testament. null. extab.* Tum quia possit adoptio non incipere, puta, si filius contradiceret, qui invitus in adoptionem dari non poterat, *L. 5. D. de adoptionib.* nec emancipari, *L. jubemus. C. de emancip. liberor.* Sed fieri non potest, quin filius naturalis sit filius, ut ita verum sit, per adoptionem non debere jus naturale tolli. Secundô casu, si pater naturalis filium avo materno, paterno, vel aliis ascendentibus in adoptionem dederit, vult Justinianus, antiqua adoptionis jura servari,

§. *sed*

§. *sed hodie*. *Instit. de adopt*. §. *sed etsi*. *Institut. quib. mod. jus pat. pot*. §. *sed ea*. *Institut. de hered. quae ab intest*. in quibus locis hujusce Decisionis meminit, eòque casu probat Justinianus Papiniani sententiam, ut filius queri non possit de inofficioso testamento patris naturalis: quia successionem avi materni, vel paterni expectare debeat, naturali, & civili vinculo in adoptione concurrentibus. Neque vult Justinianus eo casu Martiani distinctioni locum esse, id est, non vult inspici, utrùm avus maternus, vel paternus sint locupletes, in quibus nullum circumventionis suspicio locum habere possit. Quòd si filius parentibus in adoptionem datus ab iis postea emancipatus fuerit, vult Justinianus, filium reverti ad patrem naturalem, hoc est, ad successionem ipsius. (8) Non satis quidem expressit, utrùm reverti possit filius adoptivus emancipatus ad successionem patris naturalis, sive vivus, sive mortuus ille fuerit: sed quia suprà id vitium in distinctione Martiani proposuit, sanè & illud emendare voluit, ut scilicet filius emancipatus ab adoptivo patre ex ascendentibus, mortuô patre naturali ad successionem ipsius revertatur, quamvis in aliena familia fuerit eô tempore, quô pater moreretur.

Ad §. *Sed ne articulum*, *&* §. *Sin autem*.

Si filius in adoptionem extraneo datus fuerit, ex hac constitutione non transit in potestatem patris adoptivi; quod fiebat jure antiquô: non acquirit patri adoptivo, sed patri naturali, quatenus ex constitutione ejusdem Justiniani per filiumfamilias illi acquiritur. Vicissim pater adoptivus non tenetur filium adoptivum testamentô heredem instituere, vel exheredare, quod necesse erat jure veteri: nec si filium adoptivum pater exheredaverit, poterit filius queri de inofficioso testamento. Tantùm in eo filius adoptivus patri filius esse censetur, ut si intestatus pater adoptivus decesserit, filius adoptivus ad legitimam illius successionem admittatur, & sit suus heres ab intestato. Sic igitur imaginaria est (ut loquitur hîc Justinianus) adoptio filii, quem extraneus pater adoptaverit: nam & filius extraneo datus in adoptionem remanet in familia patris naturalis, quasi adoptatus non esset. Jure quidem antiquô filius adoptivus jus familiae patris naturalis, seu jus agnationis amittebat, jus cognationis retinebat: & licèt non admitteretur ad bonorum possessionem patris naturalis unde liberi, admittebatur ad bonorum possessionem unde cognati, §. *admonendi*. *Instit. de hered. quae ab intestat*. *L*. 1. §. *cognationem*. *D*. *unde cognati*, *L*. 2. §. *sed si quis*. *D*. *ad Senatusc*. *Tertyl*. Multùm verò intererat, utrùm filius in adoptionem datus emanciparetur à patre adoptivo, ante mortem patris naturalis: tunc enim emancipati locô habebatur, & cum aliis emancipatis admittebatur ad bonorum possessionem contra tabulas patris naturalis, si praeteritus fuisset, d. §. *adoptivus*. *Instit. de exhered. liber*. Quòd si emancipatus fuisset filius adoptivus post mortem patris naturalis, tantùm ille ab intestato succedebat ex capite edicti *unde cognati*, d. §. *admonendi*. *Instit. de exhered. liber*. Porrò novum non est, quod hîc Justinianus constituit, filium in adoptionem

datum extraneo non transire in illius potestatem : nam & ante Justinianum sic filius adoptari poterat, ut non esset in potestate adoptantis, *L. quidam*. 132. *D. de verb. oblig.* & mulieres adoptabant ex beneficio principali, *L. mulierem. C. hoc tit.* non tamen liberos habebant in potestate. Non abs re fuerit, (9) istas differentias inter adoptionem antiquam, & Justinianaeam, seu quam Iustinianus in §. *sed ne articulum*, inducit, colligere. Olim non erat differentia, utrùm filius extraneo daretur in adoptionem, vel avo materno, aut paterno, ut hodie. Olim filius adoptivus transibat in familiam, sacra, gentem, & potestatem patris adoptivi; non hodie, §. *sed hodie. Instit. de adopt.* Olim filius adoptivus erat patri adoptivo suus heres, eumque tenebatur pater heredem instituere, vel exheredare: praeteritus non patiebatur valere testamentum patris adoptivi, exheredatus agebat querelâ inofficiosi, d. *L. quidam. D. de verb. oblig.* hodie non est suus heres, nisi ad successionem ab intestato. Olim debebat filius adoptivus emancipari, ut solveretur potestate patris adoptivi: hodie quidem debet emancipari, sed tantùm ut vinculum illud civile dissolvatur, nec emancipatus ad successionem ab intestato admittatur. Olim filius adoptivus erat agnatus liberis patris adoptivi, d. *L.* 1. §. *cognationem. D. unde cognati*, hodie non. Olim filius adoptivus acquirebat patri adoptivo; hodie acquirit tantùm patri naturali. Olim filius in adoptionem datus amittebat jus familiae, & jus agnationis patris naturalis: hodie retinet. Olim filius in adoptionem datus, & in adoptiva familia constitutus, cùm pater naturalis moreretur, praeteritus, vel exheredatus ipsius patris naturalis testamentô, non poterat queri de inofficioso testamento patris naturalis, aut saltem dubitabatur: hodie indistinctè ad querelam admittitur. Denique olim adoptio erat quaedam imago veritatis, hodie prorsùs imaginaria: filius adoptivus erat olim filiusfamilias, hodie filius.

Ad §. *Sin autem.*

Adoptio per emancipationem dissolvitur, ita ut liberi adoptivi emancipati liberorum nomen amittant, quoad patrem adoptivum, *L.* 4. *D. si tabul. testam.* Contrà liberi in adoptionem dati extraneorum loco sunt, quoad patrem naturalem: sed tamen dissolutâ adoptione liberorum nomen retinent, ac si ab ipso patre naturali emancipati essent, §. *adoptivi. Instit. de exhered. liberor.*

Ad §. *Quae autem.*

Quod suprà sanxit in §. *sed ne articulum*, patrem adoptivum non teneri filio adoptivo quidquam testamentô relinquere; id vult locum habere Iustinianus in omnibus adoptivis, atque etiam iis, quibus ex Senatusc. Sabiniano quarta relinqui debebat. Nam cùm quis tres solùm mares haberet, & unum ex his tribus maribus in adoptionem daret, tenebatur pater adoptivus ex eo Senatusconf. quartam bonorum suorum testa-

testamentò relinquere. Theophilus in §. *sed ea omnia*. *Instit. de hered. quae ab intestat.* (10) Ratio illius Senatusc. haec fuit, quod cùm quis tres solùm mares liberos haberet, unumque in adoptionem daret ex isto pauciore numero liberorum; non tam exonerandae suae familiae, quàm adoptantis gratiâ id facere videretur. Ita qui ex tribus maribus unum curiae offerebat, liberabatur oneribus curiae, *L. si quis*. 132. *C. Theod. de decurion. L. ult. C. eod.* (11) Et ex iis satis constat, non mutandam esse hujus loci lectionem, *ex tribus maribus*, quam nonnulli aliter, atque aliter immutare voluerunt.

Ad §. Quae in filio.

Si nepos in adoptionem datus fuerit avo materno, vel paterno, & tempore mortis avi filius sit superstes; quia filius nepotem praecedit, vult Iustinianus non teneri adoptivo quidquam relinquere, *omniaque jura adoptiva ei manere intacta*: hoc est, ut nec queri possit de inofficioso testamento, si avus exheredaverit, & ad successionem avi ab intestato ut adoptivus non admittatur.

Ad §. ultimum.

Quod timebatur in adoptione, ne filius in adoptionem datus privaretur bonis patris naturalis, & patris adoptivi; id in adrogatione timeri non potuit: quia in adrogatione, quae fiebat curiatis comitiis, & postea ex rescripto principis fieri coepit, vel ex Augusta liberalitate (ut hîc Iustinianus loquitur) interveniebat causae cognitio, an pater adrogator esset inops, vel locuples, *L.* 17. §. 2. *D. de adoptionib.* vel insidiosè bona adrogati adpeteret. Gellius, *lib.* 5. *cap.* 19. Tum quia adrogator sive moreretur, sive filium adrogatum sine justa causa emancipasset, tenebatur omnimodô ex constitutione D. Pii quartam bonorum suorum ei relinquere, *L. si adrogator. D. de adoption. L. sed si plures.* §. *in adrogato. D. de vulg. substit.* (12) Propterea Justinianus jus adoptionis tantùm, non adrogationis immutavit.

XV. *Lex* 13. *C. de usufruct. & habitat. & minister. servor.*

Idem A. Juliano P. P.

CUM antiquitas dubitabat, usufructu habitationis legatô, & primò quidem cui similis esset, utrùmne usui, vel usufructui, an neutri eorum; sed jus proprium, & specialem naturam sortita esset habitatio: postea autem si posset is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi

sibi vindicare. Auctorum jurgium decidentes, *compendiosò responsò omnem hujusmodi dubitationem resecamus: & si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, & dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat, & multò magis si habitationis usumfructum reliquerit? cùm & nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine ususfructus additò: in tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum, nec dominium habitationis speret legatarius; nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, & dominium ejus domûs sibi esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam* Decisionem *locum habere censemus in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest.* Datum XVIII. Kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 13. C. de usufruct. & habit.

1 *Controversia restituitur ex Sabinianis,*
2 *Et Proculejanis.*
3 *Tertia opinio, in quam nonnulli ex utraque schola auctores convenerant.*
4 *Quarta opinio.*
5 *Habitatio hodie donari, seu gratis concedi potest.*
6 *Lectio defenditur.*

USUFRUCTU habitationis legatô, quidam existimabant, legatum illud simile usui, perinde ac si usus domûs legatus esset: & ii fortè (1) *Sabiniani* Pomponius *lib. 33. ad Sabinum, Habitationis exceptione sive temporali, sive ad mortem ejus qui excepit, usus videtur exceptus, L. si quis unas. D. de usufr. & quemadm.* Ita Regulus habitationem coenaculi permittebat, eòque *uti, L. Aquilius. D. de donationib.* quasi habitatio nihil sit aliud, quàm usus. Ibidemque Papinianus Nicostratum, cui permissa erat habitatio, *usum* coenaculi accepisse. Ulpianus ex eodem Papiniano, effectu penè esse idem legatum usûs, & habitationis, *L. 10. D. de usu & habit.* ubi vestigium hujus controversiae manifestum agnosci potest. Alii putabant, usufructu habitationis legatô, non usum, sed usumfructum relictum esse: in qua sententia fuit Marcellus, (2) qui Proculejanus fuit, ut probavimus *lib. 1. Observat. cap. 28.* Habitatione legatâ, eam Marcellus alii locari posse admittebat, *§. penult. Instit. de usu, & habit.* veluti ususfructus alii locari potest, quasi habitationis legatum ad legatum ususfructûs accederet. Multum autem interest, utrùm quis usum, vel usumfructum domûs habeat; si quidem usuarius jus, quod habet, nulli vendere, locare, aut concedere potest, *L. 11. D. de usu, & habitat.* quod usufructuarius potest, *L. 12. §. 2. D. de usufr.* Glossae

Grae-

Graecae: ἰστέον ὅτι χρῆσις μόνη οἰκήσεως διαφέρει χρήσεως καρπῶν. ὁ γὰρ χρῆσιν μόνην ἔχων οἰκήσεως, δύναται μόνος οἰκεῖν μετὰ τῆς γαμετῆς αὐτοῦ, καὶ τῶν οἰκείων παίδων, καὶ ἀπελευθέρων, καὶ ἄλλων ἐλευθέρων, οἷς οὐκ ἧττον ὡς οἰκέταις κέχρηται. οὐ μὴν δύναται τὴν οἴκησιν μισθοῦν. ὁ δὲ χρῆσιν καρπῶν οἰκήσεως ἔχων δύναται τὴν οἴκησιν μισθοῦν ἑτέρῳ τοῦ καλοικεῖν. idest. *Sciendum est, quòd solus usus domûs differt ab usufructu: nam qui habet solum domûs usum, solus potest habitare cum uxore sua, suisque filiis, & libertis, aliisque liberis, quibus non minus utitur, quàm servis; non tamen potest locare domum: at qui habet usumfructum domûs, potest eam locare alteri habitandam.* (3) Tertia opinio fuit, usufructu habitationis legatô non esse usum, non usumfructum, iique *propriam, & specialem naturam* habitationi (ut hîc loquitur Justinianus) tribuebant. In quam sententiam ex hac, & illâ scholâ auctores convenerant: Javolenus Priscus ex *Sabinianis*, & Neratius Priscus ex *Proculejanis*, d. *L.* 10. §. 2. *D. de usu, & habit.* Hoc jus habitationis proprium, & speciale ita constituebant, ut habitatio neque inusu, neque capitis minutione amitteretur, d. *L.* 10. ut in facto potiùs, quàm jure consisteret, *L. penult. D. de capit. minut.* ubi eam differentiam inter usumfructum, & habitationem Modestinus exposuerat, *lib.* 8. *Differentiarum*; qui & tertiam istam sententiam probaverat. Aliam quaestionem subinde infert Justinianus, an is, cui habitatio sit legata, eam alii locare possit, vel proprietatem sibi vindicare. Qui dicebant, habitationis legatum ad usum accedere, negabant locari posse; quia nec usus locari potest, d. *L.* 12. & *L.* 14. in pr. *D. de usu & habit. L. item.* §. 1. *D. com. dividund.* Qui dicebant ad usumfructum accedere, locari posse admittebant, ut Marcellus d. §. *penult. Instit. de usu & habit.* Habitatio, ut est domus, seu aedificium, commodari potest: puta, dominus habitationem suam alii commodare potest, *L.* 1. §. 1. *D. commodat. L.* 17. *D. de praescript. verb.* locare, *L. si merces.* 25. *D. locat.* & donare, seu gratis concedere, d. *L. Aquilius. D. de donat.* & *L.* 15. §. 1. *D. de precario*: quod sine ulla controversia fuit. Sed disceptabatur, an is, cui legata esset habitatio, eam alii locare, commodare, donare, gratisve posset concedere. (4) Quidam ampliùs existimabant, habitatione legatâ, non jus aliquod legatum esse; sed proprietatem, seu aedificium: quia habitatio nihil aliud est, quàm aedificium ipsum, *L. Sejae.* 20. §. *Gajo. D. de instruct. vel instrument. legat.* sic habitatio commodari dicitur, d. *L.* 1. *D. commodat.* & locari, d. *L. si merces. D. locat.* id est, aedificium. Unde ille, qui habitationem habebat, proprietatem legaverat, *L.* 11. sup. *hoc tit.* Et quidem habitatione legatâ voluntatis quaestio est, utrùm testator vel jus habitandi, vel aedificium legare voluerit. Justinianus tertiam ex his sententiam probare maluit, & ita statuit; habitatione legatâ, vel aliô modô constitutâ, puta, pactionibus, & stipulationibus, neque usum videri legatum; neque usumfructum, neque proprietatem, sed aliquod jus speciale, ita tamen, ut secundùm Marcelli sententiam habitatio legata, aliôve modô constituta, alii locari possit, d. §. *penult. Instit. de usu & habit.* Marcelli sententiam aliàs probavit adversùs Julianum, *L.* 1. sup. *de*

com.

com. serv. manumiss. aliàs Julianum Marcello praetulit, *L. penult.* sup. *de cond. indebit.* ita etiam, ut legatarius proprietatem vindicare possit, si id testatorem voluisse evidentissimis probationibus doceat. (5) Nec verò dubito, quin ex hac constitutione is, cui habitatio legata est, eam donare possit. Atqui Justinianus permisit tantùm locare, non donare; imò locare permisit mercede acceptâ: cur non donare, vel gratis concedere mercede non acceptâ? Qui putabant, habitationem donari non posse, illi ad usum putabant accedere, d. *L.* 10. *D. de usu & habit.* At hîc Justinianus vult tantùm habitationem valere, ut non antecellat usumfructum: id est, ut non plus, sed tantundem juris habeat habitatio legata, ac si ususfructus legatus esset. Veluti igitur ususfructus donari, & gratis concedi potest, d. *L.* 12. §. 2. *D. de usufruct. & quemadm.* ita & habitatio quoque hodie donari, gratisve concedi poterit. Quamvis autem habitatio legata non minùs alii locari, atque etiam donari possit, quàm ususfructus; erit nihilominus jus habitationis proprium, & ab usufructu distinctum: quia habitatio inusu non amittetur, nec capitis minutione, ut ususfructus, *L.* 16. inf. *hoc tit.* & *L. penult.* inf. *de servitut.* sed tantùm habitatio morte finietur, quae personae cohaeret, *L.* 9. *D. quand. dies legat.* Porrò quod Justinianus suam Decisionem vult locum habere in *omnibus locis* (6) (quidam Mss. codices, *modis*, & ita Accursius legerat, sed minùs rectè) *quibus habitatio constitui potest*, id est, tam in urbanis, quàm in rusticis praediis; quia & in villa, & in hortis habitari potest, *L.* 5. §. *quid si quis. D. de injur.*

XVI. *Lex* 14. *C. de usufruct.& habitat.*

Idem A. Juliano P. P.

ANTIQUITAS *dubitabat, si quis fundum, vel aliam rem cuidam testamentô relinqueret, quatenus ususfructus apud heredem maneret, si hujusmodi constaret legatum: & quidam inutile legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam rediret proprietatem; sed semper apud heredem remaneret. Et forsitan hoc existimabant, quia & secundus heres, & deinceps successores unius esse videantur; nec possit hujusmodi ususfructus secundùm veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem hujusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes* decidentes, *sancimus, & hujusmodi legatum firmum esse, & talem usumfructum unà cum herede finiri; & illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente, expirare. quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut à generali interemptione ususfructûs ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententiâ manifestissimum est: & propter hoc & usumfructum finiri, & ad proprietatem suam redire, & uti-*

& utile legatum sancientes, hujusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus. Datum xv. Kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 14. C. de usufruct. & habit.

1 *Prima opinio, & ratio.*
2 *Secunda opinio, & vestigium.*
3 *Controversia inter Sabinianos, & Proculejanos indicatur.*
4 *Sabinianorum ratio.*

TITIUS fundum Titianum Maevio legaverat, deductô, seu detractô usufructu, quem Titius penes heredem suum manere voluerat. (1) Quidam inutile legatum esse existimabant, hoc est, legatum fundi, seu proprietatis legatae Maevio. Rationem eorum Iustinianus hîc retulit, quòd inutilis esset proprietas fundi Titiani, ad quam vix redire posset ususfructus, *L.* 3. §. 2. & *L.* 56. *D. de usufruct. & quemadm. L.* 8. *D. de usu, usufruct. & redit. legat. L.* 16. inf. *hoc tit.* Sidonius *lib.* 9. *epist.* 11. *Videtur etiam tibi transmissa proprietas, cui usus absque temporis fixi praescriptione transmissus est*: non enim ususfructus minutione capitis finiretur; quia repetitus intelligitur, ut penes heredem perpetuò maneat: non finiretur morte, quia licèt primus heres moreretur, qui illi succedit, non est minùs testatoris heres, quàm qui primus fuerit. Antiqua est regula, heredis heredem esse testatoris heredem, *L. ult. C. de hered. instituend. L.* 3. *D. de heredit. petit. L.* 7. §. *ult. D. de acq. vel omit. hered. L. qui per.* 194. *D. de reg. jur.* Heredis appellatio non ad proximum heredem refertur, sed etiam ad ulteriores extenditur, *L.* 2. *D. de lib. legat. L.* 65. *D. de verb. sign. L.* 22. *C. de legat.* (2) Alii putabant, legatum hujusmodi non esse respuendum; hoc est, fundum Titianum Maevio utiliter legatum fuisse, deductô usufructu, qui penes heredem maneret. In qua sententia fuerunt Gajus, *L.* 6. *D. de usufr.* & *quemadm.* Iulianus, *L.* 4. *D. si ususfr. petat.* ex Sabinianorum schola (3) Adeò ut in primâ sententiâ Proculejanos fuisse, non improbabiliter possimus suspicari. (4) Ratio Sabinianorum fuit, quia morte heredis finiretur ususfructus, & ad proprietatem rediret; Africanus ex eâdem scholâ, *L.* 36. §. 1. *D. de usufr. & quemadm.* & capitis minutione; Paulus, *L.* 26. *D. de usu, usufr. & red. legat.* Illi heredis appellationem ad primum heredem coarctabant: veluti in quibusdam aliis casibus, heredis appellatio proximum continet, neque ad ulteriores extenditur, *L. qui liberis. D. de vulg. & pupil. subst. L.* 51. & *L.* 109. *D. de condit. & demonstr. L. sciendum est.* 70. *D. de verb. sign.* Quam differentiam in heredis appellatione, ut modò proximum contineret, modò ad ulteriores extenderetur, Modestinus exequebatur *lib.* 6. *Differentiarum*, in d. *L.* 194. *D. de regul. jur.* Iustinianus hanc sententiam probat, utile esse legatum fundi Titiani Maevio relictum; quia & morte proximi heredis, & capitis minutione, & aliis

modis finiri possit. Quòd si quis usumfructum non modò sibi sed heredi stipulatus fuerit, erit alius ususfructus, qui primus morte stipulantis finietur; deinde alius ususfructus in persona heredis constituetur, d. *L.* 36. §. 1. *D. de usufr. & quemadm. L. stipulatio.* 38. §. *si quis ita. D. de verb. oblig.* Idem est, & si quis heredis heredi legaverit, *L. repeti. D. quib. mod. ususfr. vel us. amit.*

XVII. *Lex 15. C. de usufruct. & habitat.*

Idem A. eidem Juliano P. P.

INTER *antiquam prudentiam dissensio incidit, si per servum ususfructus fuerit domino acquisitus, & ex quibusdam casibus (multi enim casus rebus incidunt mortalium) pars hujus servi ad alium perveniat; utrùm omnis ususfructus, qui antea per servum ad aliquem pervenerit, apud eum remaneat; an totus tollatur, vel ex parte diminuatur, ex parte autem apud eum resideat. Et super hujusmodi dubitatione tres sententiae vertebantur; una, quae dicebat, ex particulari alienatione servi totum usumfructum deminui; alia, in tantum usumfructum deminui, in quantum & servus alienaretur; tertia, quae definiebat, partem quidem servi posse alienari, totum autem usumfructum apud eum remanere, qui antea servum in solidum habebat: & in novissimâ sententiâ summum auctorem juris Salvium Julianum esse invenimus. Nobis autem haec* decidentibus, *placuit Salvii Juliani admitti sententiam, & aliorum, qui in eâdem fuerunt opinione, quibus humanius visum est, non interemptionem ususfructûs studiosam esse, sed magis retentionem: quatenus & si pars servi alienetur, tamen neque pars ususfructûs depereat, sed maneat secundùm suam naturam integer, atque incorruptus: & quemadmodum ab initio fixus est, ita & conservetur, ex hujusmodi casu nullô deterioratus modô.* Datum x. kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 15. C. de usufruct. & habit.

1 *Tres sententiae in controversia hujus Decisionis.*
2 *Prima opinio, ratio illius conjecturâ repetitur, & vestigium indicatur.*
3 *Secunda opinio, ratio, & vestigium.*
4 *Tertia opinio Juliani, & ratio.*

USUSFRUCTUS fundi, vel domûs Pamphilo servo Titii legatus erat, & per servum domino acquisitus; deinde Titius partem Pamphili alienaverat venditione, donatione, aut aliis modis, quibus dominium

nium acquiritur: disceptabant Juris auctores, an parte servi alienatâ, usufructus fundi per eum domino acquisitus extingueretur, vel maneret. (1) Et in eâ quaestione tres sententiae vertebantur, (ut hîc refert Justinianus) id est, considerabantur. Servius ex Sallustio, ad 5. Aeneidos: *Exercitum more majorum verteret*, *hoc est*, *consideraret*. (2) Prima opinio fuit, cûm Titius partem Pamphili alienasset, totum usumfructum deminui, seu interire, & extingui: cujus opinionis rationem assequi non facile est, quare tantùm parte servi alienatâ, totum putarent extingui usumfructum. Haec autem videtur fuisse, quòd usufructus personae inhaerens, personae mutatione intereat; ut olim vel minimâ capitis minutione, *L.* 16. in fin. *hoc tit.* at cùm pars servi alienatur, mutatur persona domini, in cujus persona consistit ususfructus, non in persona servi, qui personam non habet. Cassiodorus *lib.* 6. *Variar. cap.* 8. *Quid enim priùs facerent inter servos jura publica, qui personam legibus non habebant?* Ideò servus, cui ususfructus legatus est, non potest hereditati usumfructum acquirere, *L. unic.* §. 2. *D. quand. dies ususfruct. L.* 61. *D. de acquir. rer. dom. L.* 26. *D. de stipulat. serv.* quia personam non habet, in qua consistat ususfructus. Verùm cùm pars servi alienatur, mutatur persona domini respectu ipsius servi, & propterea usumfructum interire sentiebant. Vestigium hujus sententiae deprehendi potest, quam & rejicit Ulpianus in *L. repeti.* §. 1. *D. quib. mod. ususfr. vel us. amit.* *Si quis usumfructum solum servi alienaverit, per quem ususfructus ei acquisitus est, dubium non est, quin ususfructus per eum acquisitus, retineatur.* Ususfructus servi est pars servi; veluti ususfructus fundi, est pars fundi, *L. si unus.* §. *penult. D. de pact. L.* 68. *D. de verb. oblig. L. si à reo.* §. *si reo. D. de fidejussor.* & tamen usufructu servi alienatò, non putabat Ulpianus, usumfructum fundi per servum domino acquisitum interire: nec igitur parte servi alienatâ, usumfructum interire. Aut si putabat Ulpianus, parte servi alienatâ usumfructum interire, non admittebat usumfructum servi esse partem servi: ut ille aliquando, usumfructum fundi non esse partem fundi, *L. & per.* §. *illud. D. de acceptilat.* (3) Secunda opinio fuit, usumfructum domino quaesitum pro eâ parte extingui, quâ dominus servum alienasset. Ratio istorum fuit, quòd ususfructus sit dividuus, & pro parte amitti possit, *L.* 5. *D. de usufr. & quemadm.* pro eâ igitur parte amitti, quâ servus alienaretur. Vestigium hujus sententiae in *L.* 14. *D. quib. mod. ususfructus.* Ait Pomponius: *Exceptâ capitis minutione, vel morte, reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt.* Idem Pomponius *L. si servo.* 18. *D. eod.* dominiô mutatô, putabat, interire usumfructum, sed pro parte tantùm, si pro parte dominium mutaretur. Fuit ista media sententia inter eos, qui usumfructum omninò interire dicebant, atque inter alios, qui totum putabant usumfructum remanere. (4) Tertia opinio fuit, licèt Titius partem servi alienasset, nec totum extingui usumfructum domino jam quaesitum, nec pro parte, sed totum remanere penes dominum, cui jam quaesitus erat. Et haec sententia fuit Salvii Juliani, cujus auctoritati plurimùm Justinianus tribuit, ut anteriores principes, *L. Divi. D.*

de jur. patronat. ejusque sententiam ceteris hîc praetulit, & *L. penult. sup. de condict. indebit.* & *L. ult.* in fin. *de negot. gest.* Ratio Iuliani fuit, quòd cùm usufructus fundi per servum domino quaesitus esset, licèt postea servus pro parte alienaretur; non propterea mutari personam domini, qui servum in potestate retinebat, cui & poterat servus soli acquirere, *L. 5. D. de stipul. servor.* In hisce quaestionibus, ubi quaerebatur de extinctione, vel amissione usufructûs; Julianus volebat, usumfructum magis retineri, quàm extingui, (ut hîc Justinianus innuit) atque etiam in actionibus, & exceptionibus, rem, de qua ageretur, valere magis, quàm perire, *L. quotiens. 12. D. de reb. dub.*

XVIII. *Lex 16. C. de usufruct. & habitat.*

Idem A. Juliano P. P.

CORRUPTIONEM *ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis diminutione, vel non utendô, vel aliis quibusdam non ignoratis modis: sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat; de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur morte quidem usufructuarii, & capitis diminutione, eam tolli omnibus concedentibus: non utendô autem, si per annum, vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur altercantibus.* 1. §. *Sed nos hoc* decidentes, *sancimus, non solùm actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendô cadere; nisi tantummodô morte usufructuarii, & ipsius rei interitu. Sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum; cùm multae, & innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere.* 2. §. *Sed neque per omnem capitis diminutionem hujusmodi detrimentum imminere nostris patimur subjectis (quare enim si filiusfamilias fuerit is, qui usumfructum habet, fortè ex castrensi peculio, ubi nec patri ususfructus acquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat?) sed secundùm quod definitum est, tunc eum tantummodô desinere, cùm usufructuarius, vel res pereat, & tantummodô eum cum anima, vel rei substantia expirare: ut si praedictae exceptionis vigor reclamaverit; exceptâ videlicet tali capitis diminutione, quae vel libertatem, vel civitatem Romanam possit adimere: Tunc etenim ususfructus omnimodô ereptus ad suam revertatur proprietatem.* Datum Kalen. Octob. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 16. C. de usufruct. & habit.

1 *Differentia inter amissionem, & finitionem usufructûs.*
2 *Controversia hujus Decisionis constituitur.*
3 *Aliter quàm putarent interpretes.*
4 *Prima opinio, & vestigium indicatur.*
5 *Contrariae opinionis ratio, & vestigium conjecturae repetitur.*
6 *Exceptio posita in §. 1. referri debet ad usumfructum acquisitum, non ad actionem personalem.*
7 *Glossulae Irnerii.*
8 *Vertigines, & circumactiones in adoptionibus, & emancipationibus status mutationem ostendebant.*

QUINQUE olim modis usufructus amittebatur, capitis minutione; rei mutatione, non utendô, in jure cessione, dominii comparatione: duobus modis finiebatur, morte fructuarii, vel tempore; puta, finitô tempore, in quo usufructus erat constitutus. Et eos quidem modos amittendi, vel finiendi usufructus Justinianus attigit confusim in §. *finitur. Instit. de usufruct.* Paulus verò rectiùs differentiam constituit, *lib. 3. sent. tit.* 6. (1) inter amissionem, & finitionem usufructûs: quia sic finitur usufructus morte, vel tempore, ut non repetatur; sic amittitur, ut quocumque modô amissus repeti possit, *L. 3. & 5. D. quib. mod. usufruct.* (2) Finge, ad constituendam hujus Decisionis controversiam; Titio usufructus erat legatus, vel Titius usumfructum sibi stipulatus erat: verùm Titius usumfructum eô tempore petere neglexerat, quô amittitur non utendô, puta, rei mobilis per annum, rei immobilis per biennium: quaerebatur, an actio personalis, quae ex testamento, vel stipulatione fructuario competebat, eô quoque tempore tolleretur. (3) Non altercabantur veteres, (ut hîc scribit vulgus interpretum) si usufructus esset traditus, aut quasi traditus, & postea non utendô amissus, an tunc actio personalis tolleretur. Finge: Titio legatus fuit usufructus testamentô, vel stipulatione promissus: si Titium induxisset heres, vel promissor in fundum, eumve pateretur uti frui; non disceptabant, an, si post usumfructum sibi traditum non usus esset Titius, usumfructum, & personalem actionem non utendô amitteret: quia usufructu per traditionem, aut patientiam acquisitô, jam nulla supererat actio, quâ usufructus, qui erat traditus, & acquisitus, peteretur: nulla etiam actio competebat ad restitutionem usufructûs, qui amissus erat, *L. 3. D. si usufruct. petat.* sed altercabantur illi, quando usufructus non erat traditus, puta, si quis per biennium usumfructum legatum, aut in stipulationem deductum petere neglexisset: an, ut usumfructum illius temporis amittebat, quô neque petierat, neque usus erat, ita & actionem personalem amitteret, quae supererat usufructu nondum traditô. (4) Quidam dicebant, actionem personalem non esse sublatam: admittebant quidem, usumfructum illius temporis amissum esse, quô usus non fuerat Titius; sed putabant, adhuc superesse actionem personalem

Titio

Titio, quâ usumfructum peteret; veluti in ceteris contractibus re nondum traditâ, superest actio, quâ petatur. Vestigium hujus sententiae deprehendi potest apud Pomponium *lib.* 32. ad Sabinum, *L. si partem.* 19. *D. quemadm. servitut. amittunt.* ubi servitus aquaeductûs nondum constituta inusu non amittitur. Idem sanè Pomponius, aut Sabinus, de usufructu nondum traditô sentiebat. Ac licèt Titius per statutum tempus usus non esset, putabant nihilominus, actionem personalem manere, quâ usumfructum peteret; non tanquam alium, sed tanquam eundem: quia ususfructus quotidie constituitur, & legatur, *L.* 1. §. 3. *D. de usufr. accrescend.* (5) Alii contrà existimabant, non modò usumfructum illius temporis, quô non usus fuerat Titius, sed etiam personalem actionem amitti. Ratio istorum fuit, quòd non plus juris habere debeat is, cui ususfructus nondum fuit traditus, quàm cui traditus fuerit. At si ususfructus traditus fuisset Titio, & per biennium usus non fuisset; non modò usumfructum, sed etiam personalem actionem amitteret: multo magis si ususfructus Titio nondum traditus fuerit. Argumentum illius sententiae colligi potest ex *L.* 26. *D. de us. usufr. & redit. leg.* non meliori jure esse Titium, qui nondum habere coepit usumfructum, quàm si jam habere coepisset.

Ad §. Sed nos hoc decidentes.

Justinianus altercationem illam veterum sic decidit, ut non modò actio personalis inusu non amittatur, sed nec ipse ususfructus. Altercabantur solùm veteres de actione personali, quae competit usufructu nondum traditô, cùm quis petere neglexisset: Praeterea statuit Justinianus, traditum, & acquisitum usumfructum non utendô non amitti, sed tantùm praescriptione decennii inter praesentes, vel vicennii inter absentes, *L. penult. C. de servitutib. L. ult.* in fine, *C. de praescr. long. temp.* Quod ita demum intelligendum est, si ususfructus rerum immobilium fuerit constitutus: sin autem fuerit ususfructus rerum mobilium, praescriptione triennii tolletur, non praescriptione decennii, quia eô tempore res mobiles usucapiuntur, *L. unic. C. de usucap. transform.* quae tamen post hanc Decisionem edita est, ut docet subscriptio. Magna autem dubitatio est, an, ut Justinianus in hac *L.* 16. usumfructum decennii, vel vicennii praescriptione amitti voluit; ita & actionem personalem eâdem praescriptione sublatam voluerit: puta, an cùm Titius per decem annos inter praesentes usumfructum petere neglexerit, aut per viginti annos inter absentes; si postea instituat actionem personalem, praescriptione illius temporis submoveri possit. Movet dubitationem, quòd actiones personales longô tempore, hoc est, decennii praescriptione non tolluntur, *L. hereditatis.* 7. *C. de petit. hered. L. licèt. C. de jur. deliberand. L. neque. C. quib. non objicitur.* Omnes ferè interpretes hîc putant, Justinianum actionem quoque personalem decenniô, aut vicenniô praescribi voluisse: quod tamen mirabile esse inquiunt. (6) Sed advertendum est, Justinianum in hoc §. primùm altercationes veterum decidere, quae erant circa

circa actionem personalem competentem usufructu non traditô : deinde constituere, ut etiam si usufructus traditus fuerit, & acquisitus, inusu non amittatur; nisi praescriptione decennii, vel vicennii: ad quem usumfructum acquisitum, & traditum referenda est ea exceptio, *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem, vel absentem excludere*. Idque (7) Irnerius in glossulis optimi C. mei Ms. Nec referri etiam debet ad actionem personalem, quae competit usufructu nondum traditô, & non nisi triginta annis praescribitur, ut ceterae actiones in personam, *L.* 2. in pr. *C. de constit. pecun. L. sicut. C. de praescr. trigint. annor.*

Ad §. Sed neque.

Minimâ capitis diminutione olim usufructus amittebatur, puta, adoptione, emancipatione; quia sic personae mutabantur, quae in imaginariam servitutem deducebantur, *L.* 3. *D. de capit. minut.* (8) Eam personae mutationem ostendebant circumactiones, & vertigines, quae fiebant in emancipationibus, & manumissionibus: quarum tamen nullum rationabilem exitum inveniri ait Justinianus in *L. ult. C. de emanc. liberor.* ergo statu personae mutatô usufructus interibat, quasi alia, atque alia persona status mutatione fieret: atque ita servus manumissus, qui statum mutavit ex servitute in libertatem, novus homo videtur esse, *L.* 27. *D. de adimend. legat.* Sed hîc Justinianus usumfructum emancipatione interire noluit, neque aliâ minimâ capitis diminutione, §. 1. *Instit. de acquisit. per adrogat.* quia fortè imaginariam illam venditionem in adoptionibus, & emancipationibus jam tollere cogitarat, *L. ult. C. de adoption.* & d. *L. ult. C. de emanc. liberor.* quae post hanc Decisionem latae sunt: ex quibus Justiniani constitutionibus adoptio, & emancipatio futura erat sine capitis minutione, ac sine personae mutatione. Aliis verò capitis diminutionibus usumfructum adhuc interire hîc voluit, veluti deportatione, servitute poenae, ut datione in metallum; quia & sic hodiè personae status mutatur, cùm libertas, aut civitas adimitur; ut ita semper mutatione personae intereat usufructus. Denique cùm pluribus modis olim usufructus amitteretur, vel finiretur; Justinianus tantùm morte fructuarii, rei interitu, praescriptione triennii in re mobili, & decennii, vel vicennii in re immobili, amitti hîc voluit. At nec rei mutatione, ut olim; puta, si tota res non intereat, sed pro parte mutetur.

Lex

XIX. *Lex ultim. C. de cond. indebit.*

Idem A. Juliano P. P.

PRO *dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen legum latoribus incidit : idne, quod ancipiti animô persolverint, possint repetere, an non.* Quod nos decidentes, *sancimus, omnibus, qui incertô animî indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari : & praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.* Datum Kalend. Octob. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ult. C. de cond. indebit.

1 *Controversia restituitur.*
2 *Primae opinionis ratio, & vestigium ex Sabinianis indicatur.*
3 *Contrariae opinionis rationes colliguntur.*

TITIUS dubitans indebitum Maevio solverat : quaerebatur, an quasi sciens indebitum solvisset, ut non posset repetere ; vel quasi ignorans, ut posset repetere: etenim qui dubitant, medii sunt inter ignorantes, & scientes. (2) Quidam existimabant posse Titium condicere à Maevio, quod ei dubitans solvisset ; quia dubitans accedat magis ad ignorantem, quàm ad scientem, & qui dubitat, nescire videatur, *L. 1. D. de legat. 3. L. 2.* in princip. *D. quis ord. in poss. servet. L. ult. §. sin autem.* sup. *de furt.* dubitantes & errantes pro iisdem habentur, *L. de statu. 15. D. qui testament. fac. poss.* aliud est scire, aliud dubitare. Julius Pollux *Lib. 9. cap. 8.* εἰδέναι, γιγνώσκειν, ἐπίστασθαι. i. e. *Videre, cognoscere, scire.* & postea, ἕτερον γὰρ δεῖ τὸ εἰκάζειν, τεκμαίρεσθαι, ἀμφιγνοεῖν. idest : *diversa enim sunt suspicari, conjicere, dubitare.* In eâ sententiâ Sabiniani fortè fuerant, cujus & vestigium deprehendi possit in *L. eleganter. 23.* in princip. *D. de cond. indebit.* nam qui suspicatur, non scit, sed dubitat. Ad eam verò non pertinet *L. non debet. 41. D. de reg. jur.* (3) Contrà alii sentiebant, Titium non posse condicere, quod Maevio solvisset, quia dubitatio magis ad scientiam, quàm ignorantiam accedat : non est enim omnino nescius, qui dubitat ; ideoque dubitans aliquando pro sciente habetur, *L. 6. §. 4. D. de acq. vel omittend. hered. L. non solus. 22. §. 3. D. de lib. caus.* Praeterea dicebant eum qui dubitans indebitum solvisset, transigendi animum habuisse, ut à lite discederet : At id, quod transactionis causa datum est, licet nulla media causa subsit, repeti non potest, *L. in summa. 65. §. 1. D. de cond. indebit. L. 6. C. de jur. & fact. ignorant.* Satis est enim litem fuisse, & eô animô indebitum solutum,

tum, ut à lite discederetur. Justinianus priorem sententiam hìc probavit, ut qui dubitans indebitum solverit, possit repetere, quasi inscienter solverit; & praesumptionem transactionis, quam alii inducebant rejecit.

XX. *Lex 25. C. de Nuptiis.*

Idem A. Juliano P. P.

Si furiosi parentis liberi, in cujus potestate constituti sunt, nuptias possint contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes penè juris antiqui conditores admiserunt: sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem familias dubitabatur, & Ulpianus quidem retulit constitutionem Imperatoris Marci, quae de furioso non loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi, sive foeminae sint, qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint, etiam non aditô principe. Et aliam dubitationem ex hoc emergentem, si hoc, quod de mente captô constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum sit: quasi exemplo mente capti, & furiosi filios adjuvantes. His itaque dubitatis, tales ambiguitates decidentes, *sancimus, hic repleri, quod D. Marci constitutioni deesse videtur; ut non solùm dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscumque sexûs possint legitimas contrahere nuptias, tam dote, quàm ante nuptias donatione à curatore eorum praestandâ aestimatione tamen in hac regia urbe excellentissimi Praefecti urbis, in provinciis autem virorum clarissimorum earum praesidum, vel locorum Antistitum; tam opinione personae, quàm moderatione dotis, & ante nuptias donationis constituendae, praesentibus tam curatoribus dementis, vel furiosi, quàm his, qui ex genere eorum nobiliores sunt: Ita, tamen ut nulla ex hac causâ oriatur vel in hac regia urbe, vel in provinciis, jactura substantiae furiosi, vel mente capti, sed gratis omnia procedant: ne tale hominum infortunium etiam expensarum detrimentô praegravetur.* Datum Kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 25. C. de nuptiis.

1 *Injustae nuptiae absque consensu parentum secundùm antiquos canones.*
2 *Differentiae quaedam inter filios, & filias ex jure antiquo.*
3 *Primae opinionis ratio.*
4 *Secundae opinionis ratio.*
5 *Vestigium.*
6 *Ubi D. Marci constitutionem Ulpianus retulerit.*
7 *Alia controversia post constitutionem D. Marci.*
8 *Prima opinio.*
9 *Secunda opinio.*

PATRE furiosô liberi remanent in potestate, *L.* 8. *D. de his, qui sui, vel al. jur. sunt*: sed liberi, qui sunt in potestate, justas nuptias absque consensu parentum non contrahunt, *L.* 11. *D. de stat. homin. L.* 2. *D. de rit. nuptiar.* Concubina est, non uxor, filiafamilias cujus conjunctioni pater non consensit, *L.* 13. §. 6. *D. ad leg. Jul. de adulter.* Hoc etiam (1) antiqua Pontificum decreta voluerant. Alexius in quadam constitutione, *lib.* 3. *Juris Graeco-Rom.* τὰς γὰρ τοιουτοτρόπους συναφείας μισοῦσι μὲν οἱ νόμοι, καὶ ἀποστρέφονται, καὶ οὐδὲ γάμους ἡγοῦνται. i. e. *hujusmodi enim conjunctiones oderunt quidem leges, & aversantur, nec nuptias esse existimaut*. & postea: τοῦ πολιτεύματος καὶ οἱ ἱεροὶ κανόνες ἐλαύνουσι. i. e. *A civili administratione etiam sacri canones repellunt*. Inde orta contentio inter Juris auctores, an patre furiosô liberi possent nuptias contrahere. Et quidem filiam furiosi posse nubere, omnes penè Juris auctores concedebant; hoc est, tam illius, quàm istius scholae: sed in filiofamilias dubitabatur. (2) Pleraeque erant inter filios, & filias ex jure antiquo differentiae, quamvis essent in ejusdem patris potestate: filii non nisi trinâ mancipatione solvebantur potestate patris, *Ulpian. lib. sing. reg. tit.* 10. filiae unâ mancipatione, *L. verum est. D. de injust. rupt.* Filii nominatim heredes institui, vel exheredari debebant; satis erat filias inter ceteros exheredari: filii praeteriti non patiebantur valere testamentum patris; filiae praeteritae jus accrescendi accipiebant, *L. maximum vitium. C. de lib. praeterit.* Ita concedebant, filiam furiosi posse nubere, non filium, quia satis erat, patrem nuptiis filiae non contradicere: Ulpian. *ex Juliano*, in *L.* 7. *D. de sponsalib. intelligi tamen semper patrem filiae consentire, nisi evidenter dissentiat*. Furiosum igitur intelligebant nuptiis filiae consentire, qui non poterat dissentire, aut contradicere. Et quemadmodum pater ex voluntate filiae furiosae dotem repetere intelligitur; idem Ulpianus ex Juliano: *Nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam meritò credet*, *L.* 2. §. 2. *D. solut. matrim.* ita intelligebant, filiam marito copulari ex voluntate patris furiosi, qui non poterat contradicere: in filiofamilias autem dubitabatur. (3) Quidam existimabant, filium furiosi non posse uxorem ducere, quia nuptiis pater expressim consentire debuit, in tantum ut jussus praecederet, §. 1. *Instit. de nupt. d. L.* 11. *D. de stat. hom.* & *L.* 13. *D. de his, qui not. infam.* Alia est enim ratio filiae, quae in alienam familiam transit, ut Antistius Labeo apud Gellium *lib.* 13. *cap.* 10. *L.* 195. in fin. *D. de verbor. significat.* quae non patri, sed marito liberos gignit, *L. penult. D. de lib. agnoscend.* alia filiifamilias, qui remanet in familia, quique invito patri suos heredes gigneret, *L. in bello. §. medio. D. de capt. & postlim. reverf.* Quae ratio differentiae effecit, ut satis esset, patrem filiae nuptiis non contradicere; nuptiis verò filii expressim deberet consentire: & ut nuptiis, quem avus maternus conjungeret, filius deberet consentire, non neptis nuptiis, *L. oratione.* §. 1. *D. de rit. nupt.* (4) Alii contrà putabant, etiam filium furiosi posse uxorem ducere, & satis quoque esse, si pater filii nuptiis non contradiceret. Graeci ita intelligunt, *L.* 5. sup. hoc tit. in *eclog.* Basilicῶν *lib.* 28. *tit.* 4. *cap.* 30. Verumtamen id non omnimodò istius sententiae auctores admittebant,

ut satis esset, patrem nuptiis filii non contradicere: sed ita demum, si consensus patris haberi non posset; puta, patre captô ab hostibus, d. *L. in bello. §. medio. D. de capt. & postl. reverf.* vel patre per triennium absente, *L.* 10. & *L.* 11. *D. de rit. nupt.* ubi triennium illud Tribonianus ex nova quadam constitutione inseruit, ut quinquennium, *L. 6. D. de divort.* quae jungenda est cum d. *L.* 11. *D. de rit. nupt. ex eodem lib.* 62. *Digestorum Juliani*. (5) Vestigium hujus sententiae manifestum apud Paulum *lib. 7. ad Sabinum*, in *L. 8. D. de pact. dotalib.* patre furente, vel ab hostibus captô filiumfamilias posse uxorem ducere: & deprehendi fortasse potest apud eundem Paulum *lib. 2. sentent. tit.* 19. non enim verum est, quod ait, matrimonia à liberis, qui sunt in potestate, contracta absque parentum consensu propter publicam utilitatem dissolvi; nisi quando consensus patris haberi non potest, d. *L. in bello. §. medio. D. de capt. & postl. reverf.* Super eâ quaestione D. Marcus constituerat, liberos capti, sive masculos, sive feminas, posse nuptias contrahere, non aditô principe: ita enim dissidentibus Juris auctorum sententiis, principes hanc, vel illam rescriptis suis probabant, quae deinceps praevalebat, ut in *L. Divi. D. de jur. pat.* & *L. 7. D. de iis, quae in fraud. creditor.* quod probavimus *lib. 1. observationum, cap.* 5. D. Marci constitutionem (6) Ulpianum retulisse Justinianus hîc meminit; & fortasse retulerat *lib.* 26. ad *Sabinum*, ubi de ea re egerat, ut colligitur ex *L. 8. D. de his, qui sui, vel alieni juris sunt*, *L. 9. D. de rit. nuptiar.* & *L. 4. D. de divortiis*, ex eodem *lib.* 26. Ulpiani ad *Sabinum*. (7) Post constitutionem D. Marci adhuc etiam dubitabatur, an quod D. Marcus constituerat in liberis mente capti, obtinere deberet in liberis furiosi: siquidem furiosi à mente captis separantur, *§. furiosi. Instit. de curatorib.* demens à furioso, *L. 27. §. eorum. D. de recept. qui arbit. receper.* furor à dementia, *L. 8. §. 1. D. de tutor. & cur. dat. L. 6. D. de curat. furios. L. 2. D. de injust. rupt. L. 17. §. 11. D. de injur.* Alii sunt fatui, alii insani, alii furiosi, alii melancholici. Juvenalis Sat. 14. v. 284.

Unus non omnes agitat furor.

(8) Quidam igitur mente captum à furioso distinguebant, quòd mente capti sunt illi, qui mente prorsùs exciderunt; furiosi verò qui quaedam dilucida habeat intervalla, & quandam furoris intermissionem. Nec putabant isti, filium furiosi posse nuptias contrahere, cùm fieri posset, ut pater quandoque ad sanitatem rediret: veluti sub eâ spe furiosus rectè judex addicitur, *L. cùm furiosus. D. de judic.* (9) Alii verò producebant constitutionem Divi Marci ad liberos furiosi; nec expectandum dicebant, donec rediret pater ad sanitatem, qui perpetuô furore teneri poterat, *L. 6. sup. de curat. furios.* Et quidem furor est dementia, *L. Divus. D. de off. praesid. L. 2. §. 2. D. solut. matrimon. d. L. 17. §. 11. D. de injur. mentis ad omnia caecitas*, ut Marcus Tullius ex *XII. Tabul. Tuscul.* 3. & Nonius observat. *de different. verbor.* Insani sunt M. Tullio, qui mediocritatem officiorum vitae retinent, ut Domitius ille celebris in urbe Româ Grammaticus, *cui cognomentum Insani fuit*, apud Gellium *lib. 18. cap. 7.* & Javolenus Priscus, *dubiae sanitatis*, apud Plinium *lib. 6. epist.* 15.

Lucius Seneca tamen insanos pro furiosis videtur accepisse praeter mentem Tullii, *lib.2. de benefic. cap. ultim. His, quos insanos vocamus, suffragium, & jurisdictionem committimus*. Justinianus postremam sententiam hîc probat, & statuit, ut liberi sive masculi, sive feminae tam dementis, quâm furiosi possint nuptias contrahere: eisque dotem, & donationem ante nuptias curator furiosi praestare teneatur, quem in urbe praefectus urbi, in provinciis Praesides, & Episcopi aestimaverint, in praesentia curatoris: habitâ ratione personae, cui furiosi filius, vel filia nubere debeat, & dotis, donationisque ante nuptias constituendae, pro modo facultatum patris, dignitate ipsius, & numerô liberorum, *L. quaero*. 60. *D. de jur. dot. L. si pater*. 43. *D. de legat*. 3. *L*. 18. *C. de haeretic*. Antea curator furiosi solus dotem constituere poterat, *L*. 5. §. 3. *D. de jur. dot.* Subscriptio, quae in vulgatis codicib. deest, restituenda ex Mss. & in *L. tam dementis*. sup. *de Episcop. audient. kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste Coss.*

XXI. *Lex 26. C. de nupt.*

Idem A. Juliano P. P.

SI quis alumnam suam libertate donaverit, & in matrimonio suo collocaverit; dubitabatur apud Antiquos, utrùmne hujusmodi nuptiae legitimae esse videantur, an non. Nos itaque vetustam ambiguitatem decidentes, *non esse veritum matrimonium censemus. Si enim ex affectu omnes introducuntur nuptiae, & nihil impium, nec legibus contrarium in tali copula expectamus: quare praedictas nuptias inhibendas existimemus? nec enim homo sic impius invenitur, ut quam ab initio locô filiae habuit, eam postea in suo collocet matrimonio: sed ei credendum est, quia eam & ab initio non ut filiam educavit, & libertate donavit, & dignam esse postea suo putavit matrimonio. Ea videlicet persona omnimodô ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit, sive non, à sacrosancto suscepit baptismate: cum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem, & justam nuptiarum prohibitionem, quàm hujusmodi nexus, per quem Deo mediante, animae eorum copulatae sunt.* * Datum kalend. Octob. Constantinop. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 26. C. de nupt.

1 *Controversia exponitur, & rationes conjecturâ repetuntur.*
2 *Alumna in concubinam haberi non potuit.*
3 *Nec privigna.*
4 *Mendum inscriptionis apud Gratianum*

tianum deprehenditur, & unde fluxerit.
5 *Adoptio per baptismum.*
6 *Antiquius cognationis spiritualis vestigium.*
7 *Aliter de ea Graeci.*
8 *Aliter Latini.*

QUIDAM existimabant, licitum esse inter educatorem, & alumnam matrimonium, eâ ratione, quam hîc Justinianus attigit; quòd ita demum sit illicitum matrimonium, si jure aliquô prohibeatur, aut moribus, aut legibus; & concessum videatur, quod non est prohibitum, *L. mutus.* 43. §. 1. *D. de procurator.* Alii verò matrimonium hujusmodi improbabant, quòd veluti adoptiva filia in uxorem haberi non potest, etiam dissolutâ adoptione, *L. quin etiam.* 55. *D. de rit. nupt.* Paulus in *collat. leg. Mosaic. cum leg. Rom. tit.* 6. §. *& haec adeò. Instit. de nupt.* quia semel filiae locô fuerit: ita & alumna uxor duci non possit, quae filiae loco fuerit. Statius *lib.* 2. *Sylvar.* v. 102. seq. de Glaucia alumno Melioris,

- - *& te jam fecerat illi*
Mens, animusque patrem.

Siquidem alumni sunt quodammodô adoptati, non quidem civiliter; sed eô modô quô filii praeter adoptionis civilis ritum suscipi possunt, *L. quidam.* 134. *D. de verb. obligat.* proptereà alumni censentur esse ex familia educatoris, *L. Lucius Titius.* 88. §. 6. *D. de legat.* 2. & quaesitum aliquando, an educatores alumnis suis ut filiis succederent, *L.* 24. *C. de Episcop. audient. L. nutritorib. C. comm. de successionib.* Contrariae sententiae rationem sic excipiebant: non omnia licere, quae non sunt prohibita; maximè in conjunctionibus, ubi pudorem inspicimus, nec tam id, quod licet, quàm quod honestum est, *L.* 14. & *L.* 42. *D. de rit. nupt. L. semper.* 197. *D. de reg. jur.* Licitum quidem admittebant matrimonium inter educatorem & alumnam, quod nullò jure prohibitum erat; sed minùs honestum esse contendebant, ut alumna esset uxor, quae priùs filiae loco fuerat. Sveton. in *Claudio*, *cap.* 39. id observat: *Ducturus contra fas Agrippinam uxorem, non cessavit omni ratione filiam, & alumnam, & in gremio suo natam, atque educatam praedicare.* (2) Nec secundùm istorum fortè sententiam, alumna in concubinam haberi potuit: quod tamen quidam malè tentant ex *L. cum tabulis.* §. *quoniam. D. de his, quae ut indig.* quasi Cassianus Ruffinam uxorem habuisset, & filiam ejus concubinam, quam testamentô alumnam appellaverat. Praeterquam id non suadent verba Papiniani, immutari non debent; cùm ex iis non immutatis Papiniani mens commodè eruatur, ut probavimus *lib.* 3. *observat. cap.* 17. (3) Profectò nefaria esset conjunctio, si unus matrem uxorem, idemque filiam ex alio matrimonio, aut vulgò quaesitam concubinam haberet. Ac veluti nefaria est conjunctio, si pater, & filius uni mulieri misceantur, *L.* 1. §. 3. *D. de concubin. L.* 4. *sup. hoc tit.* ita nefaria est, si unus idemque matri, ac filiae misceatur. Non movet, quòd quasdam concubinas habere liceat, quae uxores haberi non possunt: id enim verum, ubi subest tantùm ratio juris civilis, d. *L.* 1. §. 2. *D. de concubin.*

cubin. non ubi ſubeſt ratio juris naturalis, *L. etiam.* 56. *D. de rit. nupt.* Juſtinianus licitum hic eſſe vult matrimonium inter educatorem, & alumnam, quod non ſit legibus contrarium, niſi educator alumnam ſuam filiae locô habuerit: ſed praeſumptionem inducit, ut qui alumnam ſibi matrimoniô junxerit, eam non videatur locô filiae habuiſſe. Gratianus priorem partem hujus Deciſionis retulit, ſed paululùm interpolatam, *Can. ſi quis ancillam.* 29. *q.* 2. (4) Cujus inſcriptio etiam hodie mendoſa eſt: *Item Julius P. P.* & reſtituenda ex hac *L.* 26. *Idem* (ſcilicet Juſtinianus) *Juliano praefecto praetorio*. Mendum vel ex notis fluxit, vel quòd apud Burchardum *lib.* 9. *cap.* 18. & Ivonem Pannormiae *lib.* 9. *cap.* 156. huic legi Juſtiniani quidpiam adtextum fuerat ex decretis Julii P. P. *cap.* 4. Sed apud Gratianum nihil quidquam ex decretis Julii, tantùm haec Juſtiniani Deciſio relata eſt.

Ad §. *Ea videlicet.*

Quamvis Juſtinianus nuptias inter educatorem, & alumnam permiſerit, eas tamen prohibet inter ſuſceptorem, & ſuſceptam; eum, eamve, qui ex ſacro baptiſmatis lavacro ſuſcipit, vel ſuſcipitur: quia ſic putarent adoptionem contrahi. Aliam tamen adoptionem intelligere videtur Leo philoſophus *Novell.* 24. διὰ τελετῆς ἱερᾶς i. e. *per Sacroſanctum Sacrificium*, quàm quae fieret per baptiſmum. (5) υἱοθεσία, i. e. *adoptio*, quidem per baptiſmum fieri dicitur, & ſuſceptam eſſe filiam apud Conſtant. Harmenop. *lib.* 4. *epit. tit.* 6. §. 18. Matthaeum Monachum, ζητημάτων, καὶ ἐπιλύσεων γαμικῶν, i. e. *quaeſtionum, & controverſiarum nuptialium, cap.* περὶ ἀπὸ τοῦ ἁγίου βαπτίσματος ἀναδοχῆς i. e. *de ſuſceptione à Sancto Baptiſmate*. Indeque filiola *Can. de eo.* 30. *q.* 3. quod uſus noſter retinuit. (6) Nullum autem cognationis illius ſpiritualis veſtigium antiquius, quàm ex hac *L.* 26. cùm antea liceret parentibus ipſis proprios filios offerre baptizandos, ut conſtat ex *epiſtola* quadam Auguſtini ad *Bonifacium*. Graeci autem cognationem iſtam ſpiritualem primùm ad matrem, & filiam ſuſceptae produxerunt, & ad filium ſuſceptoris, ut non poſſet ſuſceptam, matrem, filiamve ejus uxorem ducere, eclogâ Baſilicῶν *lib.* 28. *tit.* 5. *cap.* 17. ac deinceps ad ſeptimum uſque gradum, veluti cognationem naturalem, Harmenop. *d. tit.* 6. Rationem ducebant potiſſimùm ex hac *L.* 26. quòd nihil ita nuptias impedire debeat, quàm ſpiritualis cognatio: & ex *can.* 53. *Synodi ſextae in Trullo*, quae voluit, cognationem ſpiritualem majorem eſſe naturali. (7) Graeci magnam illius ſpiritualis cognationis rationem habendam putaverunt; adeò ut Lucas Conſtantinopolitanus Patriarcha Monaſterii quendam praefectum, deinde Heracleae Archiepiſcopum factum ſuſpenderit, quòd adverſus ſpiritualem filium teſtimonium tuliſſet; ut relatum eſt in ſententiis ſynodalibus ejuſdem Lucae Patriarchae Conſtantinop. (8) Latini autem ſecus putaverunt; Paſchalis II. *in Can. poſt uxorem*. 30. *q.* 4. *Neque enim cognationi carnis cognatio ſpiritus comparatur*: & noviſſimè cognatio illa, quae Latinis diffuſa erat, ad certas perſonas redacta eſt. Porrò adverten-

dum

dum, hanc *L.* 26. aliter relatam esse à Graecis interpretibus, Matthaeo Monacho, Harmenopulo, & in ecloga Basilica, quia Graeci eam non ex codice Justinianaeo retulerant; sed ex Basilicis, seu repugnatione legum, ut vocat Photius Nomocanonis *tit.* 9. *cap.* 28.

XXII. *Lex* 21. *C. de furt. & serv. corrupt.*

Idem A. Juliano P.P.

A*PUD antiquos quaerebatur, si servus, quem aliquis bonâ fide possideat, furtum commiserit alienarum rerum; vel ipsius, apud quem constitutus est: an ipse, qui eum bonâ fide detinet, noxalem furti actionem adversùs verum dominum habeat; vel ipse ab eo, qui furtum passus est, praedictâ conveniatur actione. Cumque generalis regula ab antiquâ prudentiâ exposita est*, hujus hominis gratiâ, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, adversùs alium furti actionem habere non concedens: *quidam ita eam per conjecturam interpretati sunt, adversùs bonae fidei quidem possessorem nullò modò furti actionem extendi; ipsi autem, si furtum fuerit passus, adversùs verum dominum furti actionem noxalem rectè decerni. Tunc autem bonae fidei possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione; & pro his rebus posse eum adversùs dominum habere actionem, non solùm quas servus subtraxit, jam apud eum constitutus; sed & quas furatus est, quando fugit quidem à bonae fidei possessore, adhuc autem nondum sub manibus domini sui constitutus. Quam interpretationem prisca quidem jura per conjecturam introducebant: Nos autem altiùs, & veriùs ad eam respicientes, generalem regulam sic ab initio prolatam esse accepimus. Cùm igitur bonae fidei possessor domini cogitatione furem possidet, meritò donec apud eum constitutus est, & aliis tenetur noxali actione; si extranei furtum à servo fuerint passi, & ipse adversùs verum dominum non habet actionem; secundùm regulam dicentem:* Qui habet adversùs alium furti actionem, ipse eâ teneri non potest. *Sin autem desinat in servi retentione, & ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minimè potest teneri: adversùs autem verum dominum habet ipse furti noxalem actionem, pro rebus, quas vel tunc furatus est, cùm est apud verum dominum, vel antea postquam bonae fidei possessoris retentionem excessit, nec dum apud verum dominum factus est. Sic iterum regulae generali casus evenit consentaneus: qui enim habet tunc furti actionem adversùs dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest; & sic ex tempore omnibus discretis, vetustissima dubitatio nostro foedere conquiescat, & bonae fidei possessor in parte certa temporis habeat actionem, & non teneatur actione: & ipse dominus aliò tempore non teneatur actione, & in alio sub actione constituatur. De eo autem,*

qui

qui liber constitutus, & ab alio bonâ fide tenetur, si furtum commiserit, rectè, sine aliqua dubitatione dicitur posse eum, qui liber est cognitus, & ab ipso, qui bona fide eum detinet, pro furto conveniri: & bonae fidei possessorem, si extraneo furtum liber commiserit, non posse conveniri; sed ipsum pro suo furto respondere. Quia generalis regula de servo prolata est, & pro eo, qui non servus, sed liber, & suae potestatis est, noxalem moveri actionem impossibile, nostrisque legibus incognitum est. Datum Kalend. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 21. C. de furt. & serv. corrupt.

1 *Controversia restituitur.*
2 *Regularum juris rationes Jurisconsulti plerumque ignorarunt.*
3 *Prima opinio.*
4 *Contraria.*
5 *Justiniani distinctio.*
6 §. *ult. Instit. de noxalib. actionib. ad hanc L. referri non debet.*

OBSCURUS est hujusce Decisionis tractatus, utpote ex vetustissima dubitatione, ut hîc loquitur Justinianus. Quaestio fuerat, an bonae fidei possessor noxali furti actione conveniri posset, si servus alii furtum fecisset, vel si servus ille suo possessori furtum fecisset, ipse possessor adversùs verum dominum noxali furti actione posset agere. (1) Finge: Titius bonâ fide Stichum Maevii, qui erat verus dominus, possidebat; Stichus res Gaji furto subtraxerat: quaerebatur, an Gajus noxali furti actione posset agere adversùs Titium, qui bonâ fide Stichum possidebat. Vel finge, Stichum Titio suo possessori furtum fecisse; quaerebatur, an Titius agere posset noxali actione adversùs Maevium verum Stichi dominum. Noxalis actio furti (ut aliae noxales actiones, quae ex legibus, aut praetoris edictô descendunt) prodita est adversùs dominum servi, *L. ult. C. de noxalib. act.* vel adversùs eum, qui habet in potestate, *L. quotiens.* §. *in potestate, L. non solùm. D. eod. tit. de noxalib. act.* Ergo ita bonae fidei possessor, qui habet servum in potestate, noxali actione conveniri potest, si servus alii furtum fecerit. At si Titio ipsi possessori servus furtum fecisset, Titius Maevium verum dominum convenire non posset: secundùm regulam, quam hîc Justinianus refert, *Cujus nomine quis noxalem actionem patitur, ejus nomine noxali actione agere non potest.* Titius Stichi nomine patitur, si extraneo furtum fecerit; ergo Titius Stichi nomine agere non poterit adversùs verum dominum, si ipsi furtum fecerit. (2) Regulae juris, ut erant ab initio prolatae, per manus tradebantur, & regulas ipsas Jurisconsulti sciebant, sed rationes plerumque ignorabant, *L. non omnium. D. de legib. L. ita vulneratus.* §. *ult. D. ad L. Aquil. L. quod per manus. D. de jur. codicillor.* plerumque etiam circa regularum interpretationem contendebant, ut in *L. 20.* sup. *hoc tit.* & *L. ult. C. de heredib. instituend.* Regulam istam, quam hîc Justinianus refert, reperio apud Julianum, *L. cùm servus. D. de noxalib. actionib.* & Ulpianum, *L. sed si unius.* §. *si servus.*

vus. D. de injur. Secundùm eam regulam si servus communis uni ex dominis furtum fecisset, adversùs socium noxali actione agere non poterat, sed vel communi dividundô, vel familiae ercíscundae, *L.* 27. §. 1. *D. ad leg. Aquil. L. si servus communis.* §. *ult. D. de noxalib. act. L. ut tantùm.* §. *si servus. D. de serv. corrupt. L. & puto.* §. *ult. D. famil. ercíscund.* (3) Quidam igitur sic putabant, bonae fidei possessorem noxali actione posse conveniri, si servus furtum fecisset. Ulpian. in d. *L. bona fide. D. de noxalib. act.* Contrà si servus damnum dedisset, idem Ulpianus existimat, dominum teneri legis Aquiliae actione, non bonae fidei possessorem, d. *L.* 27. §. *servi autem. D. ad leg. Aquil.* at si servus in fuga sit, & damnum dederit, dominum teneri lege Aquiliâ, non tamen noxali actione, d. *L. quotiens.* §. *in potestate. D. de noxalib. act.* & *L. servi.* 17. §. *ult. D. de furt.* Paulus *lib.* 2. *sent. tit.* 3. sub finem. Nonnulli existimant, aliud esse in actione legis Aquiliae, & aliud in ceteris noxalibus actionibus: ut quia legis Aquiliae actio soli domino competit, *L.* 11. §. *legis. D. ad leg. Aquil.* non bonae fidei possessori; ita & adversùs solum dominum detur, non adversùs bonae fidei possessorem. (4) Alii fortè regulam, quam hîc Justinianus refert, per contrarium invertebant: Cujus nomine quis agere potest, ejus nomine actionem pati non debet: At bonae fidei possessor agit adversùs verum dominum, si servus alii furtum fecerit: namque ita fieret, ut ejusdem servi nomine ageret, & actionem pateretur.

Ad vers. Cùm igitur.

Inter varias regulae acceptiones, cùm alii bonae fidei possessori adversùs verum dominum noxalem furti actionem denegarent, & extraneis adversùs eundem bonae fidei possessorem concederent, alii fortè adversùs bonae fidei possessorem actionem denegarent, sed eidem adversùs verum dominum concederent: (5) Justinianus distinguit ex tempore, ut quô quidem tempore bonae fidei possessor servum possidet cogitatione domini, tunc ipse agere non possit adversùs verum dominum, quòd alii noxali actione teneatur, secundùm regulam, *Qui habet adversùs alium furti actionem, ipse eâ teneri non potest.* Cùm bonae fidei possessor servum possidet, tunc dominus adversùs eum agere potest, d. *L. servi.* §. *ult. D. de furt.* & tunc dominus non tenetur bonae fidei possessori, quia dominus adversùs bonae fidei possessorem agere potest. At ex quo tempore possessor servum desierit possidere, casus est hujus regulae posterioris; ut quia tunc possessor agere potest adversùs verum dominum, ipse aliis noxali actione non teneatur. Quaeri potest, an non & haec distinctio ad malae fidei possessorem pertineat, cùm non minùs malae, quàm bonae fidei possessor teneatur, *L. non solùm. D. de noxalib. act.* sed malae fidei possessori nulla datur actio, *L. si quid possessor.* §. *penult. D. de petit. heredit.* ac ne quidem furti actio, *L. si is, cui.* 71. §. 1. *D. de furt.*

Ad §. *De eo.*

Si liber homo bonâ fide serviat, bonae fidei possessor adversùs eum agere potest, si furtum fecerit, *L. liber homo.* §. 2. *D. ad leg. Aquil.* sed illius nomine agitur adversùs bonae fidei possessorem, ubi liber fuerit cognitus, *L. si ad libertatem. D. de noxalib. actionib. L. confessionibus. D. de interrogat. in jur. faciend.* Rationem subjicit Justinianus, quòd noxales actiones liberi hominis nomine dari sit insolitum. Veruntamen adversùs parentes dabatur noxalis actio filiorum nomine, si damnum dedissent, furtum, vel injuriam fecissent, *L.* 5. §. *penult. D. de obligat. & actionib.* Paulus *lib.* 2. *sent. tit.* 31. nec minùs parentes filios, quàm domini servos noxae dedere poterant. Quod ab usu recessisse ait Justinianus §. *ult. Instit. de noxalib. actionib.* quasi paterna affectio non posset sinere, filium noxae dedi: tum quia in filiabus non admittebat favor. pudicitiae, ut noxae dederentur. Sed tamen quod ait Just. in d. §. *ult. Instit. de noxalib. act.* in servos tantummodò noxales actiones esse proponendas, non filiosfamilias; (6) cave, ne referas ad hanc *L.* 21. nam multò ante Justinianum invaluerat, & placuerat filiosfamilias noxae non dari. Hîc verò loquitur non de filiisfamilias, sed de liberis hominibus, qui sunt suae potestatis.

XXIII. *Lex ult. C. ad Senatusconsultum Orphitianum.*

Idem A. Juliano P. P.

QUIDAM *ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit: eò autem, à quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente, peperit ancilla: & esse eum quidem ingenuum puerum, vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris Juris auctores consentiunt: Dubitabatur autem inter eos, si matri morienti posset succedere. Hujusmodi itaque dubitationem eorum* decidentes, *ulteriùs eam procedere non patimur; sed sancimus, eandem matris progeniem heredem ab intestato ei posse existere, salvò jure legitimò ex auctoritate Senatusconsulti Orphitiani proli servandò, & tam matre ex Senatusconsulto Tertylliano, quàm prole ex Orphitiano Senatusconsulto invicem ad suas hereditates venientibus*. Datum Kal. Octob. Constant. Lampadiò, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ult. C. ad Senatusconsultum Orphitianum.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Primae opinionis ratio.*
3 *Secundae ratio, & vestigium.*

Non

NON facilè restitui potest controversia hujus Decisionis: sed finge: Titius heredem rogaverat testamentô, uti Pamphilae libertatem daret: heres Titii moram fecerat in danda libertate, atque interim ancilla antequam libertate donata esset, pepetat, & postea decesserat. Omnes quidem Juris auctores, hoc est hujus, & illius scholae consentiebant, partum ingenuum esse: quia ex quo tempore mora facta est libertati matris, partus ingenuus nascitur; non modò si petita est libertas, sed ex quo peti potuerit, *L. cùm verò*. 26. §. 1. *L. si privatus*. 53. *D. de fideic. libert.* ubi Martianus intelligit constitutiones DD. Marci, & Veri, & Antonini, *L.* 1. §. 1. *D. de suis, & legit.* D. Marcus inter alios maximè favit libertatibus: erat enim philosophus, & philosophia semper amplectitur libertates, *L. penult. C. de his, quib. ut indig.* quod de Stoicis accipiendum est, qui cum naturâ omnes liberos esse dicerent, parum servos à liberis differre existimabant; & in id maximè niti volebant, ut homines in naturalem suam redirent libertatem. Quod ostendimus *lib.* 1. *Observat. cap.* 15. Idem D. Marcus constituerat, servum ipsô jure liberum fieri, si servus eâ lege venisset, ut manumitteretur, & moram fecisset emptor dandae libertati, *L.* 7. §. 8. *D. de donationib. inter vir. & uxor. L.* 3. *C. si mancip. ita fuerit alienat.* Sanè post rescriptum Impp. satis constabat inter omnes ingenuum partum nasci, ubi mora ancillae in fideicommissaria libertate facta esset: (1) sed dubitabatur, an si mater decessisset, antequam libertate donata esset, partus legitimus heres fieret matri. (2) Quidam existimabant, partum non esse legitimum heredem matri, quòd ita demum liberi ex Senatusconsulto Orphitiano admittantur ad legitimam hereditatem matris, si mater sit ingenua, aut libertina, *L.* 1. in princ. *D. ad Senatusc. Tertyll.* At mater serva erat, quae nondum libertate donata esset; quaeque sine facto heredis, aut sine facto magistratûs ad libertatem perduci non poterat, *L.* 11. *sup. hoc tit.* Rescriptum DD. Principum in eo quidem volebant prodesse partui, ut nasceretur ingenuus, *L.* 22. *D. de stat. homin. L.* 3. *sup. hoc tit.* non ut legitimus heres fieret matri, adversùs verba Senatusc. Orphitiani. (3) Alii verò putabant, partum matri esse heredem legitimum; quia in totum pro manumissa haberi debeat, ex quo moram passa est; quòd si manumissa esset, partus matri ut libertinae ex Senatusc. Orphitiano succederet. Vestigium hujus sententiae manifestum apud Ulpian. d. *L.* 1. §. 1. *D. de suis & legit.* & d. *L.* 1. §. 3. *D. ad Senatusc. Tertyllian.* ex eodem *lib.* 12. Ulpian. *ad Sabinum*. Justinianus postremam hanc sententiam probat, ut partus non modò ingenuus nascatur, ex quo mater in libertate moram passa fuerit; sed legitimus heres ipsi fiat ex Senatusconsulto Orphitiano; ipsique mater heres legitima ex Senatusc. Tertylliano. Ita tamen, ut nihil Senatusc. Orphitiano, aut Tertylliano derogatum esse velit.

XXIV. *Lex 14. C. de fideicommiss. libertatib.*

Imp. Justinianus A. Juliano P. P.

CUM inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur, & homo fieri speraretur. Nos vetus jurgium decidentes, *libertatis favore censemus, & fideicommissariam, necnon directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculo, sive in foemina, qui, quaeve adhuc in ventre vehitur: ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum, vel eam ediderit. Sin autem plures creati, vel creatae sint, sive unius fecit menticnem, sive pluraliter nuncupavit; nihilominus omnes ad libertatem à primis veniant cunabulis, cùm in ambiguis sensibus melius sit (& maximè in libertate) favore ejus humaniorem amplecti sententiam.* Datum Kal. Octob. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. 14. *C. de fideicommiss. libertatib.*

1 *Controversia repetitur ex quodam capite Senatusconsulti Orphitiani.*
2 *Prima opinio.*
3 *Ratio illius opinionis.*
4 *Contraria opinio.*
5 *Rationes contrariae opinionis.*
6 *Vestigium.*
7 *Differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem, quae ei, qui in utero est, relinquitur.*
8 *Aetas spectabatur in manumissione censûs.*
9 *Secunda controversia, & rationes exponuntur.*

EX CAPITE quôdam Senatusc. Orphitiani prodiisse videtur quaestio hujusce *Leg.* 14. quae & eandem habet subscriptionem cum *L. ult. sup. ad Senatusconf. Orphitian.* Nam cùm lex Fusia Caninia modum libertatibus imposuisset, quae testamentô relinquebantur, eadem caverat, ut nominatim libertas servis testamento relinqueretur. Ulpian. *lib. singul. reg. tit.* 1. *§. ultim. Quos hoc testamentô nominavi*, id est, manumisi, *L. pater.* 38. *§. filia. D. de legat.* 3. (1) Verùm Senatusc. Orphitiani capite quôdam fuerat comprehensum, ut libertas servis relicta competeret, licèt non nominatim, sed sub certâ demonstratione relicta esset. Paulus *lib.* 4. *sent. tit.* 14. *Cùm autem obsonatorem, vel qui ex ancilla illa nascitur, liberum esse volo, ex Orphitiano Senatusc. perinde libertas competit, ac si nominatim data sit.* Certabant nihilominùs Juris auctores an ei, qui ex ancilla nasceretur, libertas relinqui posset, vel ei, qui in utero portabatur (ut hìc loquitur Justinianus, Hellenismum referens τῷ κυοφορουμένῳ. i. e. *ejus, qui in utero gerebatur.*) (2) Quidam igitur existimabant, libertatem inutiliter

sic

sic relictam esse ventri, seu ei, qui in utero portaretur. Ante quidem Senatusc. Orphitianum ratio illorum fuit, quia placebat, nominatim servos manumitti; post Senatusconsultum Orphitianum, (3) quia libertas incertae personae dari non posse videbatur: quod commiscuit, & non satis distinxit Tribonianus in §. *incertis. vers. libertas. Instit. de legat.* Atqui incerta est persona illius, qui in utero portatur: nec enim modò incertum est, qui, quaeve nasci habeat, sed an unus, duo, vel plures, an omnino ullus nasci debeat. Ita non poterat incerta persona heres institui, Ulpian. *lib. sing. reg. tit.* 22. incertus tutor dari, *L. tutor.* 20. *D. de testament. tutel.* incertis personis legari, Ulpian. *lib. singul. regul. tit.* 24. Paulus *lib.* 3. *sentent. tit.* 6. *d.* §. *incertis. Instit. de legat.* Quamvis autem placuisset, ex Senatusc. Orphitiano libertatem eis competere, qui non nominatim sed sub certa demonstratione essent testamentô manumissi; dicebant, incertam esse demonstrationem illius, qui nondum erat in rebus humanis. Certam esse demonstrationem ait Justinianus d. §. *incertis*; *Ex cognatis meis qui nunc sunt*, quasi incerta esset demonstratio eorum quae nondum essent. Negabant isti, foetum in utero esse animal, sed partem viscerum matris, donec editus esset: idque secundùm Chrysippi, & Stoicorum sententiam, quam attigimus *lib.* 1. *observat. cap.* 16. Papinianus *in L.* 9. *D. ad L. Falcid. Quia partus nondum editus homo non rectè fuisse dicitur.* Ulpianus *in L.* 1. §. 1. *D. de inspiciend. vent. Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.* Marcellus, qui Proculejanus fuit, *spem animantis* dixit *L.* 2. *D. de mort. inferend.* Justinianus in hac *L.* 14. *Qui adhuc in ventre portaretur, & homo fieri speraretur*, quasi nondum esset homo, vel animal. (4) Contrà alii dicebant, ventri, seu ei, qui in utero portaretur, libertatem utiliter relinqui per fideicommissum; fortasse & directis verbis relictam ad fideicommissariam trahi debere, ut in *L. generaliter.* 24. §. 10. *D. de fideicommiss. libert.* (5) Ratio istorum fuit, quòd foetum in utero animal esse putarent, secundùm Platonis sententiam, quam retulimus d. *cap.* 16. *observat.* Cùm autem placuisset, ex Senatusconsulto Orphitiano sub certa demonstratione relinqui posse libertatem; certam dicebant esse demonstrationem illius, qui in utero esset, *vel qui ex ancilla nascitur*, ut Paulus d. *tit.* 14. *lib.* 4. *sentent.* (6) (ubi vestigium hujus sententiae deprehendi potest) nam conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur, *L. penult. D. de leg.* 1. *L.* 7. *D. de suis, & legitim.* & pro jam nato habetur, cùm de commodis illius quaeritur in toto penè jure civili, *L.* 7. *L. penult. D. de stat. homin. L.* 2. §. 6. *D. de excusat. tutor. L. cùm quidam.* §. 1. *D. de acq. vel omittend. heredit.* Atqui non est majus commodum, quàm libertatis, rei inaestimabilis, cujus & favorem praetendebant. Justinianus postremam hanc sententiam probat, non modò ut libertas fideicommissaria, sed etiam directa relinqui ei possit, qui in utero est. Et quidem jam placuerat, alienum postumum heredem posse institui jure praetorio, §. 1. *Instit. de bonor. possess.* & ab eo fideicommissum relinqui posse, *L. penult. D. de legat.* 1. Placuerat etiam Justiniano, incertam personam heredem institui, incertis quoque personis legari posse, in ea constitutione, quae desideratur, & cujus meminit d. §.

incer-

incertis. Instit. de legat. Vult igitur Justinianus, eum, cui in utero relicta libertas fuerit, *cum libertate solem respicere*: quod intelligendum est, ubi directa libertas, non fideicommissaria relicta fuerit: nec enim putandum est, Justinianum hic directam, & fideicommissariam libertatem exaequare voluisse, ut legata fideicommissis exaequavit, *L. 2. C. comm. de legat.* quae post hanc Decisionem quinque ferè mensibus edita est. (7) Multum igitur etiam hodie interesit, an ei, qui in utero est, libertas directò, vel per fideicommissum relinquatur: si directò, nascetur ingenuus; si verò per fideicommissum, statim natus manumitti poterit, *L. penult. D. de manumiss.* erit libertus heredis, vel illius, qui manumittet. Finge enim, plures heredes fuisse institutos, & ab uno libertatem per fideicommissum relictam; licèt heres ille, à quo libertas relicta est, non adierit, dummodò quidam adierint, libertas debetur, *L. Lucius 56. D. de fideicommiss. libert. L. cùm proponas.* sup. *hoc tit.* in qua ponendum est, uxorem ex facto non dissensisse, sed nec jure potuisse dissentire, ne pugnet cum d. *L. Lucius*. At licèt directò, vel per fideicommissum relicta esset libertas ventri, Latinam tantùm libertatem habebat, non Romanam, ante constitutionem Justiniani: nam minores triginta annis testamentò manumissi Latini fiebant. Ulpianus *lib. sing. regul. tit.* 1. (8) Eademque ratio aetatis habetur in manumissione censu, ut est in fragmento illo ex Grammatica Dosithei magistri: *Et qui in censum manumittitur, si triginta annos habeat, civitate Romanâ potitur.* Cujacius aliter sentit in *not. ad Ulpianum tit.* 1. sed nondum fragmentum illud in manus illius venerat.

Ad vers. Sin autem

Cùm testator ei, qui in utero erat, libertatem per fideicommissum reliquisset, & plures editi fuissent (ut quandoque evenit) *L. antiqui. D. si pars hered. petat. L. 7. D. de reb. dub. L. 36. D. de solut. & liberat.* major in ea specie dubitatio fuit. (9) Quidam dicebant, omnibus competere libertatem, argumentò *L. 17. §. 1. D. de legat. 1. & L. in usu. 158. D. de verbor. significat.* alii verò, nulli competere, quia uni tantùm relicta erat; at incertum erat, pluribus natis, cuinam deberetur, *L. duo sunt. D. de testam. tutel.* Justinianus voluit, omnes liberos esse, quasi ea testatoris voluntas fuerit, ut quotquot nascerentur, liberi essent: nec admittit voluntatis quaestionem, ut Ulpianus in d. *L. 17. §. 1. D. de legat.* 1. quia favore libertatis ambigua, & incerta voluntas testatoris in humaniorem sententiam trahi debeat secundùm regulas juris civilis, *L. 10. §. ultim. D. de reb. dub. L. 10. D. de manumiss. testament. L. quotiens. 20. L. in obscura. 179. D. de regul. jur.* scilicet ut omnibus natis potiùs, quàm nulli libertas debeatur. Lucius Seneca epist. 81. *Semper quicquid dubium est, humanitas inclinat in melius.*

Lex

XXV *Lex ultim. C. de dotis promission.*

Imp. Justin. A. Joanni P. P.

SI pater dotem pro filia simpliciter dederit, vel pro filio ante nuptias donationem fecerit; habeat autem filius, vel in potestate constitutus, vel fortè emancipatus, res maternas, vel ex alio modo tales, quae acquisitionem effugiunt; quarum ususfructus solus apud patrem remanet, vel quòcunque modo poterat quasdam actiones contra patrem habere: dubitabatur apud veteres, utrùmne videretur pater ex ipso debito dotis, vel ante nuptias donationis fecisse promissionem, vel dationem, ut sese ab hujusmodi nexu liberaret; an debitum quidem remaneret in sua natura, liberalitas autem paterna dotem, vel ante nuptias donationem dare suggessisset. Et in tali dubitatione multa pars legum latorum sese divisit: aliò etiam incrementô hujusmodi quaestioni additô; si fortè dixerit in instrumento dotali, ex rebus paternis, & maternis dotem, vel ante nuptias donationem dare; utrùm pro dimidia parte videatur datio, vel promissio facta esse, an pro rata portione utriusque substantiae. Utramque igitur dubitationem certo fini tradentes sancimus, si quidem nihil addendum existimaverit, sed simpliciter dotem, vel ante nuptias donationem dederit, vel promiserit, ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi, debitô in sua figura remanente. Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est omnino paternum esse officium dotem, vel ante nuptias donationem pro sua dare progenia. Liberalitas itaque talis remaneat vera, & irrevocabilis, ut purô nomine & liberalitas, & debitum suam sequantur fortunam. Ubi autem ex rebus tam suis quàm maternis, vel aliis, quae non acquiruntur, vel ex suis debitis dixerit se fecisse hujusmodi liberalitatas; tunc si quidem penitus inopia tentus est, ex illis videri rebus dotem, vel ante nuptias donationem esse datam, quae ad filios, vel filias pertinent. Si verò & ipse substantiam idoneam possidet, in hoc casu quasi de suo patrimonio dotem vel ante nuptias donationem dedisse intelligatur. Poterat enim secundùm suas vires dotem pro filia, vel ante nuptias donationem pro filio dare; & consentire filiis suis, quando voluerint partem, vel fortè totam suam substantiam, quam habent, paternae liberalitati pro dote, vel ante nuptias donatione aggregare: ut reverâ appareat, quid ipse velit dare, & quid de substantia filiorum proficiscatur; ne dum effusô sermone sese jactet, in promptum incidat sui periculum. Datum Kalend. Novembr. Lampadiô, & Oreste Coss.

Ad L. ultim. C. de dot. promission.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Prima opinio.*
3 *Ratio illius opinionis.*
4 *Vestigium manifestum indicatur.*
5 *Aliud etiam deprehenditur.*
6 *Vitium interpunctionis in* L. 22. D. solut. matrim. *tollitur.*
7 *Contrariae sententiae vestigium manifestum.*
8 *Aliud etiam deprehenditur.*
9 *Ratio illius sententiae.*
10 *Media sententia conjectura repetitur.*
11 *Alia controversia, & rationes ipsius exponuntur.*
12 *Justiniani distinctio non satis apta.*
13 *Leoni philosopho improbata.*
14 *Graecis interpretibus malè accepta.*

PATER centum filiae in dotem promiserat; filia habebat res quasdam maternas, & proprias: vel pater filio centum propter nuptias donaverat, cùm filius res proprias quoque haberet: Quaerebatur inter Juris auctores, an pater de suo promisisse, aut donasse videretur, vel de bonis filii, aut filiae propriis. Non distinguit hîc Justinianus inter filiumfamilias, filiamfamilias, & filium emancipatum, filiamve emancipatam; sed olim in filiofamilias id quaeri non poterat, qui nihil suum habebat. Ulpian. *lib. sing. regul. tit.* 20. *L. placet. D. de acquir. vel omittend. hered.* adeò ut materna bona omnimodò patri quaererentur, *L.* 3. §. 4. *D. de donationib. inter vir. & uxor. L.* 6. §. 3. & *L.* 92. *D. de acquirend. vel omittend. hered.* nec nisi ex constitutionibus posteriorum principum filiisfamilias in bonis maternis proprietas data est, solò usufructu patri servatô, *L.* 1. *C. de bon. mater. L.* 4. *C. de secund. nupt. L.* 4. *C. de bon. quae liber.* (1) & in filiabusfamilias quaestio non procedebat, in filiisfamilias fortè procedere poterat, si filio pater ex castrensi peculio debitor fuisset, *L. lis nulla. D. de judic.* cùm in eo filiusfamilias locô patrisfamilias haberetur, *L.* 2. *D. de Senatusc. Macedon.* verùm in filiis, aut filiabus emancipatis, id maximè quaeri poterat; cùm haberent beneficium bonorum quaerendorum, *L.* 1. in princip. *D. si à parente quis manumiss.* Ait Justinianus, in tali dubitatione multam partem legum latorum sese divisisse, id est, Juris auctorum, qui & conditores juris passim appellantur, & jura constituentes, *L. verbis.* 120. *D. de verbor. signif.* (2) Quidam igitur existimabant, si pater simpliciter dotem filiae dedisset, vel promisisset, aut donationem filio propter nuptias; non de suo dedisse, aut promisisse; sed ex bonis filii, vel filiae, si materna bona vel aliunde quaesita haberet, vel si pater illis obligatus esset. (3) Ratio eorum fuit, quòd cùm filius, aut filia res proprias haberent, nihil pater de suo dare teneretur ad donationem filii propter nuptias, vel dotem filiae. Nam quemadmodum pater non tenetur alere liberos, si ex opificio suo se possunt exhibere, *L.* 5. §. *sed si filius. D. de agnoscend. & alend. liber.* ita nec dotare, si proprias habeant facultates: cùm eadem sit ratio dotis, atque alimentorum. Alimenta debentur filiis pro modo facultatum, d. *L.* 5. dos etiam debe-

debetur pro modo facultatum, *L. quaero*. 60. *D. de jur. dot. L. si pater*. 40. *D. de legat*. 3. Quòd si pater quidquam deberet filio, aut filiae, dicebant ideò dotem dedisse, vel filio donasse propter nuptias, ut se ab hujusmodi debito liberaret: quam rationem hîc Justinianus attigit. Et quidem debitor in duriorem semper causam solvere praesumitur, *L. 3. D. de solut. & liberat.* ac licèt pater ex officio paterno filiam dotare teneatur, durior tamen est causa obligationis, ex qua filiae tenetur; ut ita magis in eam causam solvisse, quàm in dotem praesumatur. (4) Vestigium hujus sententiae manifestum apud Scaevolam, *L. uxorem*. 41. *§. pater. D. de legat*. 3. nec putandum est, id potius admisisse in patre naturali, quàm in patre legitimo; cùm uterque ad alimenta teneatur, & dos sit alimentorum locô, atque legitimae portionis, *L. quoniam. C. de inoffic. testam.* (5) Deprehendi, & non insubtiliter potest in *L. si cùm dotem*. 22. *§. 3. D. solut. matrim.* ubi Ulpianus ex Juliano refert, si pater dotem, quae debebatur filiae exegerit, & deinde filiam testamentô heredem fecerit, vel legatum filiae, reliquerit, *compensandum ei in dotem, quod à patre datur lucroque ejus cedit*. (sic enim legendum est unô ductu aliter quàm in Pandectis Florentinis, (6) vitiosa interpunctione: quod probavimus *lib. 3. observat. cap.* 11.) Si igitur pater sit debitor filiae dotis nomine, & aliquid ei testamentô reliquerit, id compensat filia in dotem: cur non & filia, si dotem à patre acceperit, compensare debeat in id, quod aliunde pater ei debuerit? (7) Contrariae sententiae Papinianus fuit *lib.* 10. *quaest.* quô de dotibus egerat, ut indicat *L. 68. D. de jur. dot.* & eo retulit Ulpianus, *L. 5. §. Papinianus. D. de jur. dot.* Pater, idemque curator filiae emancipatae dotem illi dederat: putabat Papinianus, magis ut patrem, quàm ut curatorem dedisse; magis de suo, quàm de filiae patrimonio: atque ita pugnat evidentissimè Papinianus cum Scaevola, nec aliud certius hujusce controversiae vestigium. Paulus *lib. 7. quaestionum* tractabat, an cùm patruus, idemque curator fratris filiae ultra vires patrimonii dotem promisisset, donandi animô, vel negotii gerendi causâ fecisse videretur, *L. cùm post mortem. §. 1. D. de administ. & peric. tut.* Et putat donandi animum habuisse, si sciens promisisset: (8) quod ille quidem in patre magis admisisset. Si verò putasset, rationem pupillarem sufficere, ac post dotem promissam aes alienum emersisset, patruum exceptione tueri posse: quam tamen ei Harmenopulus denegat *lib. 5. epitom. tit. 5. §.* 38. (9) Ratio istorum fuit (quâ & hîc Justinianus utitur) paternum officium esse, dotem, vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie. Et quidem si filiae dos data sit, in rem patris versa intelligitur, *L. 7. in fine. D. de in rem vers.* quia pater filiae dotem dare tenetur, *L. 6. D. de collation.* (in qua nihil mutarem) & ad id per magistratum compellitur, *L. capite.* 19. *D. de rit. nupt. L. 5. §. 4. D. de jur. dot.* Praeter istas sententias ex adverso pugnantes fortasse & (10) media sententia fuit, quae diceret, dote simpliciter promissâ, datâve, patrem tam de suo, quàm de filiae patrimonio dotem dedisse, aut promisisse, argumentô *L. Nesennius. D. de negot. gest.* & *L. sed etsi. §. quod autem. D. de hered. pet.* Justinianus secundam opinionem hîc probare maluit, ut si nihil pater

in danda, promittendave dote expresserit, de suo magis, quàm de filiae patrimonio dotem dedisse, aut promisisse videatur: & quod de dote diximus, idem omnino intelligendum de donatione propter nuptias, quam pater filio fecerit.

Ad §. Ubi autem.

Si pater in dote danda, vel promittenda expressim dixisset, se dotem dare, vel promittere de suis rebus, & ex maternis bonis, vel aliunde filiae quaesitis; quaerebatur (ut hîc Justinianus retulit) utrùm pro dimidia parte videatur datio, vel promissio facta esse, an pro rata portione utriusque substantiae. (11) Quidam existimabant, pro dimidia parte dotem dedisse. Finge, patrem centum dedisse in dotem, dicebant quinquaginta ex suo, & quinquaginta ex maternis, vel aliis bonis filiae dedisse. Alii putabant, dotem datam esse à patre, pro rata portione utriusque substantiae: ut si filia plus in maternis, aliisve bonis haberet, quàm pater in suis, plus de bonis filiae, minùs de suis dedisse, aut promisisse videretur. Justinianus neque hanc, neque illam rationem probat, sed distinguit utrùm pater sit locuples necne: si locuples, ut de suo totam dotem dedisse intelligatur; si verò inops, de bonis tantùm filiae dedisse, licèt in dote danda eam se de bonis filiae, & suis dare expresserit. Quod quidem Justinianus statuit praeter mentem patris, qui dotem dederit, aut promiserit; (12) nec quâ ratione statuerit, promptum est. Patre quidem inope, haec ratio fortè impulit Justinianum, ut tota dos ex bonis propriis filiae promissa intelligeretur, quia socer à genero non convenitur nisi inquantum facere potest, *L. penult. D. de jur. dot. L. 17. D. solut. matrimon.* Sed patre locuplete, nulla est ratio, cur non ex bonis patris, & bonis filiae dos sit constituta, cùm id pater in dote danda, promittendave expresserit: nisi quia paternum est officium dotare filiam, maximè cùm sit locuples. Unde haec Justiniani distinctio (13) Leoni philosopho minùs placuit, quam & nominatim abrogavit *Novella* 21. Probat quidem Leo superiorem Decisionem, scilicet patrem, qui simpliciter dotem promiserit, de suo tantùm videri promisisse: sed ubi de suis, & filiorum bonis promiserit, pro iis partibus teneri, quas expresserit: puta, si centum ex suis, & quinquaginta ex bonis filiae promiserit. At si nullas partes expresserit, aequaliter tam de suis, quàm filiae bonis videri promisisse. (14) Harmenopulus utramque constitutionem retulit; Leonis *lib. 4. epitom. tit.* 8. §. 33. Justiniani *eod. tit.* §. 48. Parum tamen ex mente Justiniani retulit, atque etiam *ecloga Basilicῶν lib.* 29. *tit.* 1. *cap.* 85. quia tam in superiori, quàm in postrema quaestione hujusce Decisionis Justiniani distinctionem adhibent; cùm eam solùm in postrema hac quaestione admiserit.

Lex

XXVI. *Lex ultim. C. per quas person. nob. acquirat.*

Idem A. Juliano P. P.

SI duo, vel plures communem servum habeant, & unus ex his Jusserit, ut suo nomine servus ab aliquo stipuletur (decem puta aureos , vel aliam rem) ipse autem servus non ejus , qui jussit , sed alterius ex dominis suis fecit mentionem , & nomine illius stipulatus est : inter antiquam sapientiam quaerebatur , cui acquiratur actio , vel lucrum , quod ex hac causa accidit; utrum ei, qui jussit , an ei , cujus servus fecit mentionem , an ambobus . Cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum; nobis verior eorum sententia videtur , qui domino qui jussit afferunt stipulationem , & ei tantummodò acquiri dixerunt , quàm aliorum, qui in alias opiniones deferuntur : neque enim malignitati servorum indulgendum est , ut liceat eis , domini jussione contemptâ , suâ libidine facere stipulationem , & ad alium dominum (qui eum forsitan corrupit) alienum lucrum transferre . Quod neque ferendum est , si servus impius domino quidem , qui jussus minimè obediendum existimaverit ; alii autem , qui forsitan ignorat , & nescit , repentinum adducat solatium . Quod enim saepe apud Antiquos dicebatur , jussionem domini non esse absimilem nominationi ; tunc debet obtinere , cùm servus jussus ab uno ex dominis stipulationem facere , sine nomine stipulatus est ; tunc etenim ei soli acquirit , qui jussit : sin autem expresserit alium dominum , soli illi necesse est acquisitionem celebrari . Multo enim ampliùs oportet valere dominici nominis mentionem , quàm sterilem jussionem. Datum XV. Kalend. Decemb. Lampadiô , & Oreste VV. CC. Coss.

---

1 *Quaestio Decisionis exponitur.*	4 *Contraria sententia , & ratio.*
2 *Tres diversae sententiae repetuntur.*	5 *Media sententia inter utramque , & ratio.*
3 *Prima sententia , & ratio ipsius ex Sabinianis.*	6 *Tribonianus regulas juris antiquas sui sensu interpretari voluit.*

SERVUS communis stipulandô acquirit dominis pro iis partibus quas habent in servo ; verùm si unus ex dominis jubeat servum stipulari , ei soli acquirit : aut si nominatim servus uni ex dominis stipuletur , ei quoque soli acquirit , §. *penult. Instit. de stipulat. servor.* L. 6. & L. 28. §. *sicuti. D. eod. tit. de stipulat. servor.* Finge ad quaestionem hujusce Decisionis: Titius ,& Maevius communem servum habebant ; Titius jusserat servo, ut suô nomine decem aureos à Sempronio stipularetur : servus quidem decem à Sempronio stipulatus erat , non tamen nomine Titii , qui jusserat stipulari , sed Maevii alterius domini . (1) Quaerebatur , utrùm , Titio qui jusse-

L 2

jusserat servum stipulari, an Maevio, cujus nomine servus stipulatus erat, an utrique actio ex hujusmodi stipulatione quaesita esset. Et ait Justinianus, magnam partem auctorum ex omni latere (hoc est, ex utraque schola) effudisse tractatum. (2) Tres diversae fuerant sententiae. (3) Quidam existimabant, Titio, qui jusserat servum suo nomine stipulari, actionem quaeri: Ratio illorum fuit (quam hîc Justinianus attigit) quòd servus domino obsequi debeat; nec licere servo, domini jussione contemptâ, alii domino stipulari. Deprehendi fortè potest ex d. *L. 6. D. de stipulat. servor.* Sabinianos in eâ fuisse sententiâ, quia putabant, servum ei soli acquirere, qui jusserat stipulari: itaque illi jussionem domini maximè attendebant. Ac veluti Scaevola putabat, servum, qui ex re alterius domini stipularetur, non acquirere alii, cujus nomen expressisset, ut ex eo retulit Ulpianus *L. 25. §. 6. D. de usufruct. & quemadm. L. qui bona. 23. §. 3. D. de acquir. rer. domin.* Ita fortè sentiebat in quaestione hujus Decisionis: non tam habendam esse rationem domini, cujus nomine servus stipulatus esset; quàm illius, qui suô nomine stipulari jussisset. (4) Contrà alii sentiebant, Maevio, cui nominatim servus stipulatus esset (puta, *domino meo Maevio decem dare spondes?*) actionem acquiri: majorem illi habebant rationem nominationis, quàm jussionis. (5) Media sententia fuit eorum, qui dicerent, partim Titio, partim Maevio acquiri: Titio, quia jusserat suô nomine stipulari; Maevio, quia nomen ejus servus in stipulatione expresserat. Ratio istorum fuit, quòd jussus non sit absimilis nominationi secundùm Antiquorum definitionem, *L. 25. §. 6. D. de usufruct. & quemadm. L. 7. §. 1. D. de stipulat. servor.* Ita igitur accipiebant isti mediae sententiae auctores, quasi servus utrique stipulatus esset; cùm jussio Titii non absimilis esset nominationi Maevii. Tales plerumque medias sententias inter scholarum diversitatem fuisse ostendimus *lib. 1. observ. cap. 6.* & ad *L. 15. sup. de usufruct.* Justinianus primam sententiam probare maluit, aliasque obiter rejecit: secundam, quia si alius ex dominis jusserit servum suô nomine stipulari, magis debeat ei actio quaeri, quàm ei, cujus nomen servus expresserit; qui fortasse servum corruperit, ad hoc, ut suo nomine stipularetur: Tum quia servus domini jussionem contemnere non debeat. Mediam quoque sententiam rejicit, & definitionem antiquam interpretatur eo casu solùm debere intelligi, quô Titius jusserit, simpliciter servum stipulari, non suô nomine: & servus impersonaliter, seu nullius nomine expresso stipulatus fuerit, ut Titio actio quaeratur. At licèt Titius jusserit, simpliciter servum stipulari, & servus Maevio stipuletur, quaeri actionem Maevio: quia tunc plus valere debeat nominatio Maevii, quàm simplex jussio Titii. (6) Amabat saepe Tribonianus regulas, & definitiones veterum suôpte ingeniô interpretari, ut in *L. 21. sup. de furt. L. ultim. C. de hered. instituend.* & *L. ult. C. de acquir. & retinend. possess.*

Lex

XXVII. *Lex antepenult. C. de necessar. serv. heredib. instituend. vel substituend.*

Justinianus A. Juliano P. P.

CUM quidam suum pupillum heredem instituit, & servo directis verbis libertatem reliquit; & in secundo gradu, in quo pupillarem substitutionem faciebat, ipsum servum sine libertate pupillo suo substituit: quaerebatur inter prudentes, si ex hujusmodi substitutione heres necessarius pupillo existeret. Causa enim altercationis ex vetere regula orta est, quâ omnibus placuerat, hunc servum necessarium heredem domino fieri, cùm in eodem gradu & hereditas, & libertas relinquebatur: in praesenti autem non in unum tam libertas, quàm substitutio congregata est, sed in alium, & alium gradum. Nobis itaque eandem altercationem decidentibus, *mirabile visum est, si quis putet, ex hujusmodi scrupulositate impediri testatoris voluntatem, maximè domini, & existimet non fieri servum heredem necessarium, sed ei licentiam praestet, & libertatem consequi, & hereditatem respicere, & domini voluntati reclamare: qui si hoc facere tentaverit, etiam puniendus est. Sit itaque & vivô pupillô liber, quia testator hoc voluit; & mortuô pupillô necessarius heres, quia & hoc voluit testator.* Datum xv. Kalend. Decemb. Constantinop. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. antepenult. C. de necessar. serv. heredib. instituend.

1 *Origo controversiae indicatur.*
2 *Quinam ex auctoribus juris testamentum filii impuberis unum esse cum patris testamento putaverint.*
3 *Prima opinio.*
4 *Rationes ipsius colliguntur.*
5 *Vestigium quoddam deprehenditur.*
6 *Contraria opinio, & ratio.*
7 *Justinianus hic ita decidit, quasi unum sit testamentum, quod aliàs non admisit.*

PATER filium suum impuberem testamentô heredem instituerat, eôdemque primô gradu Stichum servum liberum esse jusserat; secundô gradu eundem servum filio suo impuberi substituerat, si filius in pupillari aetate decederet: mortuô filiô intra pubertatem, & casu pupillaris substitutionis existente, quaerebatur, an Stichus fieret necessarius heres filio impuberi mortuo. Omnibus quidem placuerat (hoc est Sabinianis, & Proculejanis) utriusque scholae auctoribus, servum fieri heredem necessarium, cùm eôdem gradu libertas, & hereditas relinquebatur, sive in primo, sive in secundo, *L. 2. §. ult. D. de statulib.* puta, cùm testator inter heredum insti-

institutiones servum liberum esse jusserat, heredemque instituerat; aut quando in secundo gradu eum substituerat, & simul libertatem reliquerat. Altercabantur verò Juris auctores, cùm diversò gradu libertas, & hereditas relicta fuerat; cùm in primo gradu servus liber esse jussus erat, & in secundo gradu filio substitutus, ut in specie hujus Decisionis. (1) Altercatio ex eo fluxisse videtur, quòd alii dicerent, unum esse testamentum patris cum testamento filii impuberis, *L. 2. §. 2. D. de hered. vel act. vend. L. 2. §. 4. L. 16. & L. 20. D. de vul. & pupill.* alii duo testamenta, seu duplex testamentum, *L. in duplicibus. 79. D. ad leg. Falcid. L. 1. §. 1. D. si cui plus quàm per leg. Falcid.* & hanc controversiam Justinianus attigit in *§. igitur. Instit. de pupill. substit.* Non satis liquidò appatet, an Sabiniani unum testamentum patris, & filii, Proculejani duo testamenta esse dixerint; ut colligunt ex *L. 28. D. de reb. auct. jud. possid.* (2) Putarem magis Sabinianos duo testamenta, Proculejanos unum censuisse: quod probavimus *lib. 3. Observat. cap. 12.* (3) Qui igitur duo testamenta esse dicebant, illi in quaestione hujus Decisionis negabant, servum fieri heredem necessarium pupillo, qui testamentô patris libertatem acceperat, & testamentô filii substitutus erat: (4) quasi utrunque eôdem testamentô non consequeretur. Et quemadmodum servus testamento manumissus, ex alia causa liber factus, non est heres necessarius domino, *L. si servo. 84.* & *L. testamento. 90. D. de hered. instituend.* ita dicebant, non esse servum filio impuberi heredem necessarium, qui non ex testamentô filii, sed ex alia causa, hoc est, testamentô patris, libertatem accepisset. Non erat grave servo eôdem tempore liberum esse, & heredem necessarium; cùm eôdem testamentô liber esse jubebatur, atque heres instituebatur. At servum jam liberum factum, ex intervallo à morte patris ad mortem filii impuberis, gravius putabant cogi hereditatem adire, & infamiam defuncti substinere bonis suô nomine venditis, d. *§. licet. Instit. ex quib. caus. manumitt. non licet.* Veluti conditiones operarum, & aliae imponi servis poterant in ipsa manumissione propter libertatis beneficium, non post manumissionem, *L. cordonem. D. de oper. libert.* (5) Vestigium hujus sententiae fortè deprehendas in *L. 6. §. 3. D. de hered. instit.* quae jungenda est cum d. *L. 2. D. de statulib.* Putat Julianus in d. *L. 6.* non eôdem modô servum fieri heredem necessarium filio impuberi, ut fieret patri. (6) Qui autem unum testamentum patris, & filii esse dicebant, iidem volebant in quaestione hujus Decisionis servum fieri heredem necessarium filio impuberi: quòd eôdem testamentô libertatem, & hereditatem accepisset beneficiô testatoris, ut loquitur d. *L. si servo. 84. D. de hered. instituend.* nec posset judicium testatoris partim comprobare, & partim evertere, *L. 7. D. de bon. libertor.* Justinianus postremam hanc sententiam probare maluit, & rationem istam attigit, , dum ait, utrumque voluisse testatorem, ut servus liber fieret, & necessarius heres: propterea utrumque testatoris judicium debere comprobare. (7) In plurimis aliis juris articulis placuerat magis Justiniano, unum potiùs esse testamentum patris, & filii, quàm duo testamenta, ut in ademptione legatorum, *L. 16. D. de vulg. & pupill. substit.* in contributione legatorum, *L. 11. §. quod vulgò. D. ad leg. Falcid.* in deductione Falcidiae, d.
L. 79.

L. 79. *eod.* atque etiam in quaestione, *L.* 20. *inf. de jur. delib.* & generaliter d. §. *igitur. Instit. de pupill. substit.*

XXVIII. *Lex penult. C. de postum. hered. instituend.*

Imp. Justin. A. Joanni P. P.

QUOD *certatum est apud veteres nos* decidimus. *Cùm igitur qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, & nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissâ ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset: & veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, & si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quòd & si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam, & sancimus, si vivus perfectè natus est, licèt illicò postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi. Hoc tantummodò requirendô, si vivus ad orbem totus processit; ad nullum declinans monstrum, vel prodigium.* Datum xv. Kalend. Decembr. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. penult. C. de postum. heredib. instituend.

1 *Origo controversiae indicatur.*
2 *Controversia exponitur.*
3 *Sabinianorum sententia à Platonicis.*
4 *Ratio.*
5 *Proculejanorum sententia à Stoicis.*
6 *Ratio.*
7 *Artemidoro lux.*
8 *Pauli cum Ulpiano dissidium.*

FOETUM, qui in utero erat, Plato animal esse censuit; Stoici contrà non esse animal, sed partem viscerum matris: quod jam attigimus ad *L.* 14. sup. *de fideicommiss. libertat.* (1) Ex illa philosophorum dissensione natum hoc dissidium inter Juris auctores, an postumus natus, qui vocem non emisisset, rumperet testamentum. Constabat quidem inter omnes, vivum nasci debere, ut rumperet; nam qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, nec proficiunt ad praemia liberorum, quae dabantur ex legibus Julia, & Papia, *L. qui mortui.* 129. *D. de verbor. significat.* (2) Sed disceptabatur, an satis esset, vivum nasci postumum, vel etiam vocem emittere deberet, ut testamentum rumperet. Justinianus hîc refert (3) Sabinianorum sententiam (quod utinam in omnibus suis Decisionibus praestitisset.) Existimabant illi postumum, si vivus na-

natus esset, etsi vocem non emisisset, rumpere testamentum. Quam Sabini sententiam Ulpianus retulit *lib.* 9. *ad Sabinum*, *L. quod dicitur. D. de liber. & postum. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen; an adhuc testamentum rumpat? & hoc tamen rumpit*. Id tantùm exigit Sabinus, ut sit postumus spirans, seu cum spiritu editus, non etiam ut vocem emittat. (4) Ratio illorum fuit, quòd cùm jam foetum in utero animal esse crederent, satis esset, si cum spiritu ederetur; non etiam exigi debere, ut vocem emitteret. Idque exemplô muti confirmabant: (ut hîc Justinianus refert) qui licèt mutus natus esset, nec vocem emisisset, nihilominus rumpebat testamentum. Stoici contrà non putabant, foetum priùs esse animal, quàm cùm editus esset, & ab aëre vitam accepisset. Plutarchus *lib. de repugnant. Stoicor.* & *lib.* 5. *de placit. Philosophor. cap.* 15. quos locos retulimus *lib.* 1. *Observationum*, *cap.* 16. Tertullianus *lib. de anima*: *Mentior, si non statim infans ut vitam vagitu salutavit, hoc ipsum se testatur sensisse, atque intellexisse, quòd natus est: omnes simul ibidem dedicans sensus, & luce visum, & sono auditum, & humore gustum, & aëre odoratum, & terrâ tactum*. Soranus Ephesius *cap.* 17. *Quare infans dum tangit terram, vocem dat? eo quòd insuetam tangit terram, & tenuis spiritus à luce concutitur*. (5) Proculejani igitur, qui Stoicorum doctrinam sectabantur (ut probavimus satis *lib.* 1. *Observationum*) putabant non priùs editum postumum debere rumpere testamentum, quàm cùm animal factus esset: (6) tunc autem cùm animal fieret, vocem, seu vagitum emittere; indeque certò deprehendi animal factum esse, cùm vocem emisisset. Macrobius *lib.* 1. *in Somnium Scipion. cap.* 6. scribit id septimâ horâ à partu discerni: *Post partum verò, utrum victurum sit, quod effusum est, an in utero sit praemortuum, ut tantummodò spirans nascatur, septimâ horâ discernit: ultra hunc enim horarum numerum quae praemortua nascuntur, aëris halitum ferre non possunt; quem quisquis ultra septem horas sustinuerit, intelligitur ad vitam creatus*. Justinianus hîc probat Sabinianorum sententiam, ut postumus rumpat testamentum, si perfectè natus est, hoc est, tempestivô, & maturô partu; puta post septimum mensem. Sed tamen dubitatum, an perfectè nasceretur octavô mense. Gellius *lib.* 3. *cap.* 16. *Memini ego Romae accuratè hoc, atque sollicitè quaesitum, negotiô non rei tunc parvae postulante, an octavô mense infans ex utero vivus editus, & statim mortuus, jus trium liberorum supplevisset: cùm abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas*. Ait Justinianus, *licèt illicò postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit*. Haud dubiè morem illum signat, quô partum recèns editum obstetrices terrae adponebant. Praeter ea, quae jam à multis in eam rem fuerunt observata, (7) Artemidorus *de obstetricibus lib.* 3. ὀνειροκριτ. i. e. *lib.* 3. *de somniorum judiciis*, *cap.* 32. ἐξάγει γὰρ τοῦ περιέχοντος ἀεὶ τὸ περιεχόμενον, καὶ δίδωσι τῇ γῇ, i. e. *educit enim ex continente semper quod continetur, & dat terrae*, ut Opem, seu Terram salutarent, eamque haberent propitiam. Eâdem ratione recèns mortui adponebantur. Idem Artemidorus *lib.* 1. *cap.* 14. ἐπεὶ καὶ οἱ ἀποθνήσκοντες ἐσχισμένοις ἐνειλοῦνται ῥάκεσιν, ὡς καὶ τὰ βρέφη, καὶ χαμαὶ τίθενται. i. e. *quoniam & mortui scissis involvuntur pannis, ut &*

in-

infantes, *& terrae adponuntur*. Licèt aliam rationem proferat Olympiodorus in *Platonis Phaedonem*. Id igitur vult Justinianus, postumum natum rumpere testamentum, licèt decedat statim, atque terram tetigerit; vel in manibus obstetricis, quae scilicet terrae positum levaverit. Hinc enim *Levana Dea* Augustino *lib.* 4. *de Civit. Dei*, *cap.* 12. Obstetrices hodie in plerisque Aquitaniae partibus adhuc *Levantes* vocitant. Requirit etiam Justinianus, ut postumus natus rumpat testamentum, eum vivum totum processisse: quid enim si dimidius processerit, & spirans, & vagiens, sed in ipso exitu decedat? natus dici non potest, nec propterea debet rumpere testamentum. Vult etiam, *ut ad nullum declinet monstrum*, *vel prodigium*: quod ita intelligendum existimo, si sit non humanâ figurâ, sed alterius magis animalis, *L. quaeret.* 135. *D. de verb. sign.* vel ut loquitur Cyprianus in *praefat. de Cardinalib. operib. Si originalis naturae traductio à consueto limite deviaret*, *& à virtute patrum degenerans indigna successio*, *monstri*, *non hominis speciem exhiberet*. Cùm enim monstro prodigium adjunxerit, de eô solùm monstrô videtur sensisse, quod sit prodigium, porrò abigendum, & ablegandum, ut XII. *Tabulae* voluerant. Si aliàs monstruosus fuerit partus, puta, quia non sit integrum animal, d. *L.* 12. *D. de liber. & posthum.* quia partem quandam habeat naturae contrariam, *L. ostentum.* 38. *D. de verb. sign.* aut quia membrorum humanorum officia ampliavit, natus posthumus rumpet testamentum: quia inter liberos connumerabitur, *L. non sunt.* 14. *D. de stat. homin.* (8) ubi manifestum Pauli diffidium licet agnoscere cum Ulpiano, d. *L. quaeret. D. de verb. sign.* quod ostendimus *lib.* 1. *Observat. cap.* 33.

XXIX. *Lex* 23. *C. de legatis.*

Idem A. Juliano P. P.

CUM quaestio talis de significatione verborum animos veterum movit; si quis cuidam agrum Cornelianum, puta, vel alium quempiam in solidum legaverit; deinde alii partem ejus dimidiam: quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur. simili dubitatione & in hereditate, & in fideicommissis habitâ: cumque computationes multae introducebantur, & multis ratiocinationibus dignae, nos hujusmodi computationes quasi superfluas, & contrarias voluntati testatoris omnes esse sopiendas censemus. Cùm enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem à priore voluntate; voluisse autem minui eam sex unciis, cùm alii eas obtulit: & praesens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum, vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei lega-

tae, vel heredem. Et si totâ re primo relictâ, tertiam partem secundo reliquerit; secundùm praedictum modum octo quidem uncias vel agri, vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem, vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est, in hereditatibus, vel legatis, vel fideicom.missis: vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per hujusmodi viam aestimanda sunt. 1. §. *Sed & aliam disceptationem juris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis humanum esse apparuit; agitabatur enim, si quis agrum Cornelianum, vel fortè alium, vel quandam rem cuidam legaverit, & postea iterum, vel saepius ei eandem rem per legatum, vel fideicommissum dederit, post alia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum, vel aliam rem legaverit, ut saepiùs quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii: quid statuendum est, & quid juris sit, si conjunctim, aut separatim eis relinquatur, sive in legato hoc consistat, sive in hereditate. Hujusmodi igitur* decidentes *antiquam controversiam sancimus, cuicumque sit hereditas, vel ager in memoratis casibus, sive conjunctim, sive soli, sive saepiùs eidem relictus, aequâ lance & hereditatem, & agrum, & aliam quamcumque rem dividi, & ad dimidiam partem unumquemque vocari: nisi specialiter expresserit, & dixerit testator, tantas quidem partes velle unum, tantas autem alterum habere: in omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus.* Datum xv. Kal. Decemb. Lampadiô & Orestê VV. CC. Coss.

Ad L. 23. C. de Legat.

1 *Controversia exponitur secundùm computationem Geometricam, & Arithmeticam.*
2 *Sententia Sabinianorùm & ratio.*
3 *Contraria opinio.*
4 *Ratio.*
5 *Controversiae origo ab Academicis, & Stoicis.*
6 *Justiniani Decisio à nonnullis improbata.*
7 *Alia controversia exponitur.*
8 *Prima opinio.*
9 *Secunda opinio.*

TITIUS fundum Titianum per vindicationem Maevio legaverat; deinde ejusdem fundi partem dimidiam Sejo legaverat: quaerebatur, quaenam portio Maevio, quaenam Sejo ex legato deberetur. Erat haec quaestio voluntatis, circa quam Justinianus ait, multas computationes à veteribus Jurisconsultis introductas fuisse, multisque ratiocinationibus dignas. (1) Quidam igitur ita computabant, ut duplô major esset pars Maevii, quàm Seji: ut in fundo Titiano Maevius octo uncias, seu bessem, Sejus quatuor uncias, seu trientem haberet. Inde voluntatem testatoris colligebant, quòd majorem esse partem Maevii voluerat, cui totum fundum legaverat, quàm Seji, cui dimidiam solùm partem fundi legaverat: & haec est veluti Geometrica proportio. (2) Ita computabat Sabinus in legatis, *L. is, qui.* 80. *D. de leg.* 1. Julianus in hereditatibus, *L. si ita.*

ita. 13. *D. de liber. & postum.* Africanus ex eâdem scholâ, *L. si ita.* 47. *D. de heredib. instituend.* Ulpianus *lib.* 7. *ad Sabinum*, *L. interdum.* §. 3. *D. eod.* scilicet, ut pluribus ad hereditatem concurrentibus, major remaneat portio illius, qui ex majori parte fuerit heres institutus. (3) Alii verò aliter computabant, ut non minor esset pars Seji, quàm Maevii; idque secundùm Arithmeticam proportionem, quae non secundùm dignitatis rationem, ut Geometrica, sed aequaliter omnia metitur. (4) Ratio istorum fuit, quòd cùm testator ex duodecim unciis fundi Titiani sex uncias ademisset, quas deinde Sejo legaverat, tantùm remanerent in legato Maevii sex unciae: & ita testator, eandem esse partem Maevii, ac Seji, voluisset. Justinianus hanc posteriorem computationem probare maluit, quasi ea sit magis ex voluntate testatoris: non negabat tamen, alias computationes fuisse multis ratiocinationibus dignas; hoc est, eorum, qui secundùm Geometricam proportionem computabant. (5) Et quidem Plutarchus Academicus περὶ φιλαδελφίας, *cap.* 12. Geometricam proportionem Arithmeticâ meliorem asserit, eâque Lycurgum in sua Rep. usum fuisse refert, *lib.* 8. *Symposiacῶν, quaest.* 2. Stoici verò proportionem Arithmeticam magis probasse videntur, qui aequalia vitia, aequales virtutes esse dicebant, nec alium aliô esse magis sapientem. Nec defuerunt sanè, (6) qui aliam proportionem in specie hujus Decisionis malè à Justiniano probatam fuisse judicarint, maximè cùm ad illam semper redigi non possit voluntas testatoris. Quid enim, si testator primùm dimidiam partem fundi Sejo, deinde totum fundum Maevio legaverit? vel si primum heredem ex sex unciis, secundùm ex asse heredem scripserit? Ineunda erit prior computatio; nec enim poterit duci conjectura mutatae voluntatis, quâ Justinianus movetur praecipuè; nec videbitur, testator à priori legato recessisse.

Ad §. Sed & aliam.

(7) Titius fundum Titianum bis testamentô legaverat Maevio, eundemque Sejo deinde legaverat: vel finge etiam, Titius fundum Titianum primùm Maevio separatim, deinde eundem fundum Maevio, & Sejo conjunctim legaverat. Quaerebatur, quamnam portionem Maevius, & quamnam Sejus ex eô legato consequi deberent. Fundô ita legatô per vindicationem, omnibus legatariis solidum ab initio relictum intelligitur, sed concursu partes fiunt. Ulpian. *lib. singul. reg. tit.* 24. *L.* 3. *D. de usufruct. accresc. L. conjunctim.* 80. *D. de legat.* 3. (8) Quidam igitur in prima specie sic computationem inibant, ut quia bis Maevio legatus erat fundus Titianus, octo uncias fundi haberet Maevius, quatuor uncias Sejus, cui semel legatus erat: In secunda specie, ubi separatim Maevio, deinde Titio, & Sejo conjunctim fundus legatus fuerat; sic computabant, ut primùm Maevius semissem fundi haberet, deinde in alio semisse Maevius cum Sejo concurreret; & ita Maevius novem uncias fundi, seu dodrantem; Sejus tres uncias, seu quadrantem haberet. (9) Alii verò aliter computabant, ut quamvis fundus bis Maevio, Sejo semel legatus esset, aequas

 nihi-

nihilominus partes in fundo legato Maevius, & Sejus haberent: quia in legato pluribus relicto si partes adjectae non sunt, aequae servantur, *L. legata. §. ult. D. de legat.* 1. In secunda specie, cùm prius testator fundum Maevio separatim, deinde Maevio, & Sejo conjunctim eundem fundum legasset, sic voluntatem testatoris interpretabantur, quasi testator à priore legato recessisset, atque ita fundum inter Maevium, & Sejum re, & verbis conjunctos dividi voluisset. Et huic posteriori sententiae Justinianus suffragatur, nisi testator inaequales partes in legato expresserit; tunc enim vult in omnibus, hoc est, institutionibus heredum, legatis, fideicommissis voluntatem testatoris dominari. Et quidem in testamentis totum facit voluntas testatoris, *L. 3. §. 3. D. de heredib. instit. quae legitima est*, hoc est, si sit secundùm leges, aut legibus non adversetur: quia nemo potest cavere, quin leges in suo testamento locum habeant, *L. nemo. 55. L. si quis. 112. §. ult. D. de legat. 1. L. Lucius Titius. 88. §. 6. D. de legat. 2.*

XXX. *Lex penult. C. de fideicommiss. libertatib.*

Idem A. Juliano P. P.

Si quis in testamento suo rogaverit suum heredem, ex liberis ancillae suae, quam nominaverit, unum, quem elegerit, ad libertatem perducere; & cùm ancilla unum, vel plures enixa est, heres neque dum superest, in libertatem aliquem adduxerit: vel cùm deliberat, quis ad libertatem perducendus est, ab hac luce fuerit subtractus, dubitabatur ab Antiquis utrùmne omnes, an quidam, an nemo ex his ad libertatem perveniat. Sed veteris quidem juris altercatio multa satìs super hujusmodi casibus resonuit: Nos autem heredis coercentes malignitatem, si non voluntatem testatoris adimpleverit, & mox, cùm potuerit, non elegerit unum ex liberis ancillae, & eum libertate donaverit: sancimus, compelli non solùm eum, sed etiam heredes, vel successores ejus omnes ancillae liberos in libertatem perducere: neque enim hoc contrarium est sententiae testatoris: cùm enim omnimodò quendam ex his liberum esse disposuerit, & non ad certum corpus, sed ad omnes respexerit; si non pareatur ejus voluntati, sine dubio ex sententia testatoris omnes ad libertatem perveniunt. Similemque esse definitionem censemus, & si non ab herede, sed à legatario, vel fideicommissario testator rogaverit libertatem imponi. Sic etenim justo timore heredes, & legatarii, vel fideicommissarii perterriti, & voluntatem testatoris adimplere procurent, & sibi non ex omnium libertate quandam afferre patiantur jacturam. Quòd si reclamaverint, sibi tale dispendium imputent; non ex nostra lege, sed ex sua lugentes instantia. Datum xv. Kalend. Decemb. Constant. Lampadiò, & Oreste Coss.

Ad

Ad L. penult. C. de fideicommiss. libertatib.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Tres diversae sententiae repetuntur.*
3 *Prima opinio, & ratio.*
4 *Secunda opinio, & ratio.*
5 *Tertia opinio, & ratio.*
6 *Justinianus suam Decisionem ratione probat.*

TITIUS uni ex liberis Pamphilae, quem heres elegisset, libertatem per fideicommissum dari voluerat, puta his verbis, *Heres meus uni ex liberis Pamphilae, cui volet, vel quem elegerit, libertatem dato*. Pamphila unum, vel plures liberos habebat; sed antequam heres eligeret unum ex liberis, decesserat: (1) dubitabatur ab Antiquis (ut hîc Justinianus refert) utrùm omnes Pamphilae liberi, an quidam, an nemo ex his ad libertatem perveniret. Ex quibus verbis deprehendi possunt (2) tres diversae auctorum sententiae, omnino inter se pugnantes; neque enim tantùm Sabiniani, & Proculejani fuerunt inter se dissidentes, sed etiam unius, ejusdemque scholae auctores ipsi inter se dissidebant: unde effectum est, ut in controversiis harum decisionum, plures diversae sententiae reperiantur: quod ostendimus *lib.* 1. *observat. cap.* 4. (3) Alii igitur dicebant, mortuô herede, cùm nullum elegisset, nulli ex liberis Pamphilae libertatem competere. Ratio illorum fuit, quasi conditio haec tacita inesset fideicommissae libertati, ut heres eligeret: quòd si ante mortem non elegisset, conditionem deficere; neque ulli ex liberis libertatem competere. Veluti legatum optionis, puta, *Servum, quem volet, Titius optato eligito*, habebat in se tacitam conditionem, ut nisi legatarius vivus eligeret, legatum ad heredem non transmitteret, §. *optionis*. 23. *Instit. de legat.* Veluti ergo in legato optionis inerat conditio tacita, uti legatarius deberet eligere; ita putabant in specie hujus quaestionis, cùm libertas relicta esset uni ex liberis Pamphilae, quem heres eligeret, hanc inesse conditionem, ut heres eligere deberet: alioqui si heres ante electionem decessisset, nulli ex liberis competere libertatem. Similis fuerat disceptatio in *L.* 2. §. 1. *C. commun. de legat.* si servus legatus fuisset, quem Titius elegisset; atque etiam in *L. ult.* sup. *de contrah. empt.* cùm ita venditus esset fundus, quanti Titius aestimasset. Quidam dicebant, Titiô non aestimante fundi pretium, vel quia noluerat, aut non potuerat, minimè contractam esse venditionem: Idemque in locatione statuebant, *L. si merces*. 25. *D. locat.* in societate, *L. si ita*. 75. *D. pro socio*: quasi huic conventioni tacita esset conditio, si Titius aestimasset. (4) Secunda opinio fuit eorum, qui dicebant in quaestione hujusce Decisionis, licèt heres nullum ex liberis Pamphilae elegisset, uni tamen secundùm voluntatem testatoris libertatem competere. Et quidem res expedita fuit, si unum tantùm Pamphila habuisset: at si plures liberos habuisset, dicebant, electionem unius fieri debere viri boni arbitriô; vel forte id discerni debere: quod & ex veterum sententia in legatis fieri Justinianus voluit, *L.* 2. §. 1. *C. comm. de legat.* Ratio istorum fuit, quòd testa-

ftator arbitrio heredis electionem non commisisset, utrùm eligeret; sed quem potiùs eligeret ex liberis, cui libertatem dare vellet: plurimum enim interest, inquit Gajus, *L.* 7. §. *cùm quidam. D. de reb. dub.* utrùm testator in potestate heredis faciat, *si velit dare*, an *post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedit*. (5) Tertia opinio fuit, non tantùm uni ex liberis Pamphilae, sed etiam omnibus deberi libertatem, cùm heres nullum elegisset: veluti in ceteris fideicommissis, quando electio heredi committitur, cui velit ex coheredibus, libertis, aut aliis, hereditatis portionem restituere; omnibus competit fideicommissi petitio, *L. si quis.* 17. §. 1. *L. cùm quidam.* 24. *L. unum.* 67. §. *rogo. L. cùm pater.* 77. §. 4. *D. de legat.* 2. *L. Labeo.* 21. §. *ultim. D. de statuliber.* Justinianus postremam hanc sententiam probat, & statuit omnibus liberis Pamphilae libertatem deberi, si heres mox cùm potuerit eligere, nullum tamen elegerit. Sic Marcellus putabat, heredem sine ullo intervallo debere ei fideicommissum offerre, quem elegisset; alioqui omnibus fideicommissi petitionem competere, d. *L.* 24. *D. de legat.* 2. Verùm quia haec sententia videtur recedere à verbis, atque etiam à voluntate testatoris; qui uni ex liberis Pamphilae, non omnibus libertatem dari voluerat, Justinianus probat, etiam ex voluntate testatoris; omnibus liberis deberi libertatem: (6) quia testator non ad certum corpus, non ad unum ex liberis respexerit; quia omnes erant in spe fideicommissae libertatis, & ex liberis quilibet eligi poterat in libertatem. Atque hoc dispendium vult Justinianus imminere legatariis, ut omnes liberi ad libertatem perducantur; cum voluntatem testatoris adimplere, unique secundùm voluntatem ipsius libertatem dare neglexerint.

XXXI. *Lex ult. C. de fideicommissar. libertatib.*

Idem A. Juliano P. P.

CUM quidam servum suum ita legaverit, ut legatarius libertatem ei imponat, & heres ad hujusmodi legatum improbè versatus servum dare legatario dedignatus est, ut etiam lite pulsetur, & judex non in ipsum servum, sed in aestimationem litis condemnationem proferat: veteris juris interpretes dubitabant, ne quod obstaculum libertati ex hac causa procedat. Et si placuerit, eandem deberi libertatem, à quo danda sit, utrùmne ab herede, an à legatario. Et si heres imponat libertatem, an legatarius, quod ex pecuniaria condemnatione accepit, firmiter detineat, sive in totum, sive ex parte, sive etiam nihil. Talem itaque altercationem resecantes miramur, quare judex, qui praepositus est in dicta causa, non omnimodò condemnationem in servum, sed in aestimationem ejus fecerit: cùm ipsius vitium etiam hujusmodi praebuit altercationi occasionem. Unde si talis quaestio emerserit, nullum quidem judi-

di-

dicem ita esse stultum putamus, ut hujusmodi proferat condemnationem: sed si legatarius immineat, quatenus ei servus restituatur, & post litem contestatam duorum mensium spatium effluxerit, censemus illicò ad libertatem eripi servum; & illum quidem liberum esse, heredem autem pro sua indevotione in omnes expensas, quas legatarius in lite fecit, in quadruplum ei condemnari jure patronatus integrô legatario servandô. Datum Constant. xv. Kalend. Decemb. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ult. C. de fideicommiss. libertatib.

1 *Inquiritur in originem controversiae.*
2 *Constituitur in legato per damnationem.*
3 *Tres quaestiones ex hac controversia referuntur.*
4 *Primae quaestionis prima opinio.*
5 *Vestigium signatur.*
6 *Secunda opinio primae quaestionis.*
7 *Secunda quaestio conjecturâ repetitur.*
8 *Secundae quaestionis prima opinio.*
9 *Secunda.*
10 *Tertia quaestio perperam à Justiniano relata.*
11 *Aliter proponitur.*
12 *Tertiae quaestionis prima opinio, & ratio ipsius.*
13 *Tertiae quaestionis secunda opinio, & ratio ipsius.*
14 *Tertiae quaestionis tertia opinio, & ratio.*
15 *Tres quaestiones Justinianum obiter solvere deprehenditur.*

QUIDAM servum suum legaverat Titio, & rogaverat, ut eum manumitteret; sed cùm Titius servum ab herede peteret, judex heredem non in restitutionem servi, sed in aestimationem ipsius heredem condemnaverat: unde plures controversias exortas fuisse Justinianus refert. (1) Ac primùm id quaerendum est, quare judex, cùm Titius legatum sibi servum ab herede peteret, Titio servum restitui non jusserit, sed heredem in servi aestimationem condemnarit. Aliquando sanè heredi conceditur, legatum servum retinere, & aestimationem officiô judicis solvere, propter affectionem, *L. si domus. 71. §. qui confitetur. D. de legat. 1.* puta, si fuerit pater naturalis, vel frater; ne duriorem servitutem experiatur, aut ut eum heres possit manumittere. At longè erat alia ratio in specie hujus Decisionis, cur legatarius aestimationem habuerit; quia legatus fuerat servus, ut manumitteretur: heres autem nullam majorem erga servum legatum affectionem habere potest, quàm ut manumissus libertatem habeat, nihilque gratius servo praestare posset, *L. Paulus. 39. in fin. D. de fideicom. libert.* Fortè legatus erat servus per vindicationem, & cùm heres eum non restitueret, legatarius in litem juraverat, judexque heredem in aestimationem servi secundùm jusjurandum legatarii condemnaverat. In actionibus ex testamento non juratur in litem, *L. alias. D. de jurejurand.* sed in actionibus in rem juratur, *L. qui restituere. D. de rei vindicat. L. in actionibus. D. de in litem jurand.* atque ita cùm legatum vin-

vindicatur, seu in rem actione petitur, legatarius jurat in litem, *L. cùm pater.* 60. §. 2. *D. ad leg. Falcid.* Vel finge: legatus erat servus per damnationem, quod legatum infitiatione crescebat in duplum, §. *ult. instit. de oblig. quae quasi.* & fiebat aestimatio, d. *l. si domus.* §. *qui confitetur. D. de legat.* 1. (2) Quaestionem hujusce Decisionis in legato per damnationem ita posse constitui, suadent mihi verba illa Justiniani: *Et heres ad hujusmodi legatum improbè versatus, servum dare legatario dedignatus est, ut etiam lite pulsatur*. Quasi heres improbè versatus fuerit, qui infitiaretur; & non aliter facta esset condemnatio in aestimationem litis, quàm quia heres lite se pulsari passus fuerit: ut nec hodie aliter condemnationem fieri voluit Justinianus in duplum ex legatis venerabilibus locis relictis; nisi heredes distulerint, usque adeò ut in judicium vocarentur, §. *ut autem.* 20. *Instit. de actionib.* Ita igitur heres condemnari potuit in aestimationem servi, si legatus fuisset per vindicationem, aut per damnationem. At cùm legatarius condemnationem pecuniariam accepisset, (3) tres inde quaestiones emerserant. Prima, an nihilominus servo libertas per fideicommissum relicta competeret; quia legatus fuerat, ut manumitteretur. Secundò quaerebatur, an si competeret libertas, à quo praestanda esset, vel ab herede, vel à legatario. Tertiò, an si heres praestaret libertatem; legatarius totam litis estimationem, vel ex parte, vel nihil retinere posset. (4) Quidam igitur existimabant in prima quaestione, non deberi libertatem servo, quia deficiebat Senatusconsultum Rubrianum; ex quo si is, qui debeat fideicommissam libertatem, latitet, injustâve causâ absit, servus ad libertatem perducitur, *L.* 26. §. 8. *D. de fideicom. libert.* At legatarius, qui debebat libertatem, non latitabat; sed heres, qui aut latitabat, aut servum legatum non restituebat. (5) Vestigium hujus sententiae apertum in d. *L.* 26. §. *ult. D. de fideicom. libert.* ubi ait Ulpianus, Senatusconsultum (Rubrianum scilicet) deficere, & nihilominus impediri libertatem; cùm non posset legatarius servum manumittere, qui dominium illius nondum nactus sit. (6) Alii putabant, ex mente Senatusconsulti libertatem servo competere: sed Paulus *L.* 27. *D. eod.* ait, ex hac causa *principem adeundum esse, ut & hoc casu libertati prospiciatur*. Paulus fortè scripserat, *praetorem adeundum esse*. Quod concinnatores Pandectarum aliter posuerunt, cùm ad hanc Decisionem respicerent. Multa quidem rescripta principum circa hoc Senatusconsultum facta reperiuntur, quae mentem Senatusconsulti ad novas species accommodaverunt, *L.* 30. §. 5. *D. eod.* ubi Ulpianus tamen non principem, sed praetorem adeundum esse ait; eum nempe, qui de fideicommissa libertate cognoscebat. (7) Secundae quaestionis nullum extat vestigium, sed conjecturâ repeti nihil vetat: quomodò & ipsi Juris auctores antiquas regulas per conjecturam interpretabantur, *L.* 21. sup. *de furt.* (8) Quidam igitur putabant, ab herede praestandam esse libertatem, cùm legatarius litis aestimationem suscepisset: & hac ratione moveri poterant, quòd legatarius cum herede transegisset eô pretiô, quod jurans in litem constituerat, *L. ejus rei.* 46. *D. de rei vindic.* perinde igitur habendum esse heredem, ac si servum à legatario emisset: quia litis aestimatio sit venditioni similis, *L.* 7. §. 1. *D. de public. in rem*

act.

act. L. si servus. 21. §. 2. *D. de evictionib. L. si propter. D. de act. rer. amotar.* & qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus sit, *L.* 3. *D. pro emptor. L. ult. D. quib. ex cauf. in poss.* (9) Alii verò dicebant, à legatario praestandam esse libertatem, quia fraus, & dolus heredis ei patrocinari non debeat, qui servum non restituit, sed litis aestimationem sufferre maluit: Tum quia voluntas erat testatoris, ut servus patronum haberet legatarium, non heredem: vel id arbitrio servi relinquebant, quemnam potiùs patronum habere mallet, an legatarium, an heredem: nam cùm servo libertas fideicommissa relicta est, & cùm sua causa statuliber alienatur; in arbitrio est servi, quem patronum habere malit, *L.* 43. & *L.* 45. §. 2. *D. de act. empt. L.* 24. §. *ult. L.* 51. §. 3. *D. de fideicommiss. libert.* ne scilicet libertati gravior conditio per alienationem imponatur, aut servus duriorem patronum excipere cogatur. (10) Tertia quaestio non satis aptè à Justiniano proposita est, *si heres praestare deberet libertatem; an legatarius quod ex pecuniaria condemnatione acceperat, vel in totum, vel ex parte, vel etiam nihil retinere posset*. Etenim quò, quaeso, colore dici poterat, nihil legatarium ex condemnatione pecuniariâ posse retinere, si heres libertatem imponeret, quaeri poterat, an totum, vel partem, vel etiam nihil ex aestimatione litis retinere posset. (11) Sic ergo quaestionem tractatam fuisse existimo, ut qui dicerent, ab herede praestandam esse libertatem, eò quòd litis aestimationem sustinuerat; iidem concesserint legatario totum retinere. Sed ex his, qui putabant, legatarium debere libertatem imponere, (12) quidam concedebant, eum etiam totum retinere, quia poenae dependae repeti non possunt, *L. poenae. D. de condict. indebit. L.* 3. §. *etsi legatum. D. de tabul. exhibend. L.* 46. *D. de reg. jur.* At poenae causâ fit aestimatio litis, sive fiat ob contumaciam non restituentis, d. *L. cùm pater.* 60. *D. ad leg. Falcid.* sive ob dolum infitiantis, d. §. *vi autem. Instit. de action.* Dicebant praeterea, non esse locupletiorem legatarium, qui libertum haberet, *L. nemo praedo.* 126. §. 1. *D. de reg. jur. L.* 2. *D. quib. ad libertat. proclam.* idque non debere decedere aestimatione litis, quia aestimari non potest, quòd quis libertum habeat, *L.* 5. in fin. *D. de praescript. verb.* (13) Alii putabant, legatarium non nisi partem ex condemnatione posse retinere. Ratio illorum fuit, quia mixta erat condemnatio, in quâ & poena, & servi aestimatio venerat: id, quod erat in poenam, retineri posse à legatario admittebant, atque ita partem retineri: sed quod erat in aestimatione ipsius servi, non posse retineri à legatario contendebant; praesertim, cùm legatarius servo libertatem imposuisset, aut servus patronum heredem habere noluisset. Ita Paulus ex sententia Juliani adversùs Ulpianum dabat actionem emptori in pretium, si statuliber emptorem patronum habere nollet, d. *L. Titius.* 43. *D. de act. empt.* Quia ergo servus legatarium patronum habebat, dicebant ex pecuniaria condemnatione aestimationem ipsius servi debere procedere; & ita solùm partem legatarium ex eâ retinere. (14) Alii sentiebant, nihil ex ea condemnatione legatarium posse retinere, quia jam servus libertatem, & legatarius libertum haberet: atque ita omnino voluntati testatoris satisfactum esset. Quae sanè ratio cùm vix admittenda fuerit, cùm legatarius servo liber-

tatem imposuisset; multo minùs dici potuit, legatarium nihil posse ex condemnatione retinere, cùm heres servum manumisisset. Justinianus tollit causam movendae quaestionis: neque enim petitô servô vult fieri condemnationem in aestimationem servi: fortè, quia jam unam, eandemque naturam omnibus legatis esse voluerit, *L. 2. C. comm. de legat.* (quae tamen paulò post hanc decisionem edita est) neque jam legatum per damnationem infitiatione crescebat, d. *§. ult. Instit. de obligat. quae quasi ex cont.* Verumtamen observandum est, Justinianum (15) tres quaestiones obiter solvere. Primùm enim vult, libertatem servo competere, si duo menses à lite contestata inter heredem, & legatarium effluxerint: & hoc quidem tempus duorum mensium Justinianus praestituit, quia ubi libertati dandae adjectum non est tempus, duorum mensium expectatur, *L. ult. D. qui sin. manumiss. ad libert.* quod tempus modicum esse dicitur, *L. 2. C. de secund. nupt. L. unic. Cod. Theodos. de usur. rei judicat. L. 3. §. ult. C. eod.* ut observavimus *lib. 2. Observat. cap.* 16. Praetereà vult Justinianus, jus patronatûs legatario servari, sive legatarium servo libertatem imponere: atque ita secunda quaestio solvitur. Denique vult, heredem in expensas litis, quas legatarius fecerit, in quadruplum condemnari; ut quamvis hodie legatum infitiatione non crescat in duplum, tamen in quadruplum expensae crescant. Atque ita tertia quaestio solvitur.

XXXII. *Lex ult. C. de commun. Serv. manumiss.*

Idem A. Juliano P. P.

CUM apud omnes Iurisperitos hoc placitum est, ut servus communis apud unumquemque dominum partim sit proprius, partim alienus; ut ex hac causa possit & ipse legati honorari, & ipse legari: hujusmodi incidit quaestio. Duo, vel plures domini communem servum habebant; sed unus ex his ipsi servo suam partem, quam in eo habebat, legavit, & semel acceptâ dubitationis occasione, hoc vetustas in magnum extulit certamen. Nos igitur sensum hujus legati crebrâ indagatione aggredientes, duplicem eum esse opinamur. Aut enim putavit testator, liberum fieri posse ex parte servum, qui hujusmodi legatum ei reliquit: aut si hoc minimè cogitavit, affectus socii fecit, ut ei acquiratur. Heredes autem suos eundem servum possidere minimè voluit, ut sit manifestum, à suo patrimonio penitus esse eum alienatum. In tali itaque comparatione nos, qui fautores libertatis sumus, sic ambiguam testatoris interpretamur voluntatem, tanquam si voluerit, eum libertate in sua parte donare. Et cùm jam de communibus servis manumittendis statuimus, quid in hujusmodi casibus fieri oporteat: ex illius sanctionis tenore & hujusmodi species sit definita. Fiat itaque liber ex parte quidem testatoris secundùm ejus voluntatem; ex altera autem parte, ex nostra definitione pretiô secundùm praedictae constitutionis tenorem vel socio, vel sociis ab here-

herede praestandô : vel si accipere noluerint, tam eam offerendô, quàm consignandô, & periculô eorum deponendô: cùm satis, abundèque imperiale est, humaniorem sententiam pro durioribus sequi. * Datùm Constant. xv. Kalend. Decemb. VV. CC. Lampadiô, & Oreste Coss.

Ad L. ult. C. de comm. serv. manumiss.

1 *Controversia restituitur ex diversa interpretatione voluntatis.*
2 *Prima opinio ex una interpretatione.*
3 *Secunda opinio ex alia.*
4 *Vestigium quoddam controversiae deprehenditur.*
5 *Ratio secundae opinionis colligitur.*

SERVUS, qui plurium est dominorum, tantùm pro indiviso possideri potest, *L. Pomponius. D. de rei vindicat.* atque ita servus communis, puta Titii, & Maevii, in quo partes nec divisae sunt, nec dividi possunt, consideratur ut proprius, & quasi alienus. Ei quasi alieno Titius unus ex dominis legare potest absque libertate. At si ut proprius consideraretur, inutiliter legaret, *L. 76. D. de hered. instit. L. servo. D. de option. L. 4. C. de legat.* & propterea totum legatum acquiritur socio Maevio, non heredi Titii, *L. verum. 63. D. pro soc. L. Plautius. D. ad leg. Falcid.* quia Titius servo legavit, non ut proprio, sed ut alieno: & legatum valet ob eam partem, quam Maevius in servo habuit. Aliam rationem affert Julianus in *L. 11. D. de opt.* quia *die legati cedente solus est socius, qui per eum servum possit acquirere*. Etenim cùm dies legati cederet à morte testatoris, & ante aditam hereditatem, heredi Titii acquiri non poterat. Et ideò totum legatum Maevio socio acquirebatur. Persona servi communis ejus conditionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solus fuisset, qui acquirendi facultatem habet. Idem Julianus *L. 1. §. 4. D. de stipulat. servor.* Quando autem servus communis legatur, vel ut proprius, vel ut alienus considerari potest: ut proprius, legari potuit per vindicationem: nec enim minùs pleno jure servus testatoris esse intelligitur, licèt sit cum alio communis, *L. suos. 73. & seq. D. de legat. 3.* ut alienus legari potuit per damnationem: quod optimum genus legati fuit, & quô genere res aliena legari poterat. *Ulp. lib. sing. regul. tit. 24. L. cùm servus. 39. §. constat. L. si domus. 71. §. 3. D. de legat. 1.* Cùm per vindicationem servus communis legabatur, tantùm pars debebatur; cùm per damnationem, totus, seu aestimatio totius servi, quia ut alienus legabatur. Ita igitur unus ex dominis servo communi legare potuit: servus quoque communis ab uno ex dominis legari potuit. Sed quaerebatur, an si servus communis ipse sibi legaretur, vel Titius, puta, partem, quam habebat in servo communi, ipsi legasset, quatenus valeret hujusmodi legatum: & id *vetustas in magnum extulerat certamen*, ut hîc Justinianus. Quidam igitur ita sentiebant, inutiliter legatum fuisse servo, & legatum istud penes heredem manere, ut quae aliàs inutiliter legabantur,

tur, penes heredem manebant, *L.unic.* §. *in primo. C. de caduc. tollend.* quorum & sententiam videtur hic Justinianus rejicere: *heredes autem suos eundem servum possidere minimè voluit*. Vestigium hujus sententiae apud Ulpianum *L.* 6. in fin. *D. de hered. instit.* ubi ait servum sibi legari non posse: (1) Sed tamen Justinianus ait, duobus modis accipi posse voluntatem testatoris, quasi servum ex parte liberum esse voluerit, aut partem socio acquiri. Ex quibus diversis sententiis, controversiam restitui debere, planum est. (2) Quidam existimabant, testatorem servo pro parte libertatem relinquere voluisse; atque ita totum servum liberum esse debere, qui pro parte liber esse non poterat; veluti si aliàs unus ex dominis communem servum testamentô manumisisset: quod exposuimus in *L.* 1. sup. *hoc tit.* (3) Alii verò negabant, servum ex hujusmodi legato liberum fieri posse, quoniam diversa est ratio, si dominus servum communem testamentô manumiserit, aut si partem, quam habebat in servô, ipsi legaverit. Cùm dominus manumittit, apparet satis, libertatem dare voluisse; at cùm partem legat, pro parte tantùm vult esse lib rum, non in totum: nec enim servus totus est servus communis: sic est omnium dominorum, ut non sit singulorum totus, sed tantùm in eo partem habeant, *L.* 5. *D. de stipulat. servor.* Vix nostrum dicere possumus, quod cum alio commune est, *L. rectè.* 25. *D. de verb. sign.* D. Augustinus *lib.* 12. *Confession. cap.* 25. *Veritas tua nec mea est, nec illius, aut illius, sed omnium nostrum, quos ad ejus communionem publicè vocas*. (4) Vestigium hujus controversiae deprehendi potest in *L. illud.* 44. *D. de rit. nuptiar.* atque inter Labeonem, & Cassium, diversae scholae auctores, *L.* 5. §. 1. *D. de legat.* 1. Si fundum communem quasi meum legassem, Labeo ajebat, totum deberi: Trebatius, & Cassius non nisi partem deberi. (5) Isti igitur magis putabant, Titium partem servo legasse, non ut liberum esse vellet; sed ut ea pars Maevio socio acquireretur. Ut cùm aliàs unus ex dominis servo communi quid legat, legatum socio acquiritur, d. *L. verum.* 63. §. *penult. D. pro soc.* & d. *L. Plautius.* 49. *D. ad leg. Falcid.* Justiniano sic voluntatem testatoris interpretari magis placuit, ut dominus servum pro parte liberum esse voluerit, quàm ut pars servi penes heredem, aut penes socium remaneret: quare cùm jam statuisset in *L.* 1. sup. *hoc tit.* unum ex dominis libertatem communi servo posse imponere; & teneri heredem, partem aliam redimere: rectè ait Justinianus, sic acceptâ voluntate testatoris quasi servum liberum pro parte esse voluerit; ex illius sanctionis tenore, & hanc speciem esse definitam: ut servus in totum sit liber, & partem Maevii, vel aliorum dominorum heres redimere teneatur.

Lex

XXXIII. *Lex ult. C. de negot. gest.*

Imp. Justin. A. Joanni P. P.

SI quis nolente, & specialiter prohibente dominô rerum, administrationi earum sese immiscuit; apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversùs dominum actionem: quam quibusdam pollicentibus directam, vel utilem, aliis negantibus: (in quibus & Salvius Julianus fuit) hoc decidentes *sancimus, si contradixerit dominus, & eum res suas administrare prohibuerit; secundùm Juliani sententiam nullam esse adversùs eum vel directam, vel utilem contrariam actionem: scilicet post denunciationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res ejus attingere: licèt res bene ab eo gestae sint. Quid deinde si dominus aspexerit, ab administratore multas expensas utiliter factas, & tunc dolosâ adsimulatione habitâ, eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullomodò patimur, sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis, vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum; ex eo die pro faciendis meliorationibus, nullam ei competere actionem. Super anterioribus autem (si utiliter factae sunt) habere eum actionem contra dominum concedimus, suâ naturâ currentem.* Datum XIV. Kal. Decemb. Lampadiô, & Oreste Coss.

Ad L. ultim. C. de negot. gest.

1 *Controversia inter Proculum, & Julianum reponitur.*
2 *Proculi sententia.*
3 *Vestigia quaedam illius.*
4 *Tertia opinio.*
5 *Ratio Proculi.*
6 *Sententia Juliani, & vestigia quaedam.*
7 *Ratio illius.*
8 *Tribonianus Juliano favit.*
9 *Martinus Justiniani Decisionem non probavit.*
10 *Justiniani Decisio adversùs Martinum defenditur.*

TITIUS negotia Maevii absentis gerere coeperat, sumptusque in ea fecerat: Maevius, aut quia suspectam haberet fidem Titii, aut quia rebus suis aliô modô prospicere vellet, denuntiaverat Titio, ac nominatim prohibuerat, ne deinceps negotia gereret. Quaerebatur, an si Titius post denuntiationem, & prohibitionem Maevii, nihilominus in negotiorum gestione perseverasset, eaque gessisset utiliter; an aliquam sumptuum nomine, quos fecisset, contrariam, directam, vel utilem haberet negotiorum gestorum actionem: idque inter magnos auctores quaerebatur, (ut hîc Justinianus memorat) (1) hoc est, inter *Proculum, & Julianum*. Proculus non levis Juris auctor fuit, *L. Divi. D. de jur. patronat.* Julianus

lianus omnium conditorum Juris, qui olim fuerant, prudentissimus dicitur, *L. 3. §. 18. C. de vet. jur. enucl.* Illi saepe aliàs dissentiebant, ut in d. *L. Divi. D. de jur. patron.* & non frustra Paulus observavit, *Proculo Julianum* adsensisse, *L. 1. §. si legatarius. D. ad leg. Falcid. in quâ specie, & Julianus Proculo adsensit.* (2) Proculus igitur negotiorum gestorum actionem concedebat, aut saltem adversùs exceptionem dabat replicationem de dolo malo: veluti siquis adversùs prohibitionem domini servo pecuniam credidisset, eamque servus in rem domini vertisset, aut in peculium, (3) Proculus adversùs exceptionem domini, qui prohibuerat, replicationem de dolo malo concedebat, *L. si quis. §. Proculus. D. de instit. act.* Ac veluti in ea specie, si quis mandati fines excessisset, & adversùs mandatum fecisset, Sabinus negabat mandati actionem; Proculus concedebat, *L. 3. & 4. D. mandat. §. is, qui exequitur. Instit. de mandat.* ita & siquis adversùs prohibitionem domini negotia gessisset, Sabinum actionem negotiorum gestorum denegasse non dubito, Proculum concessisse. (4) Alii quidem non directam contrariam, sed utilem negotiorum gestorum actionem Titio putabant competere, *L. si pro te. 40. D. mandat.* Directa contraria in hac *L. ult.* dicitur, habitâ ratione utilis contrariae, quae ex sententia edicti praetorii accommodatur. (5) Ratio Proculi fuerat, quòd nemo ex aliena jactura lucrum sentire debeat, d. *L. si quis. §. Proculus. D. de instit. act.* idque suadet ratio naturalis, *L. nam hoc. D. de condict. indebit.* Atqui Maevius ex jactura Titii lucrum sentiret, si cùm Titius, licèt prohibitus, negotia illius gessisset utiliter, in eâque sumptus fecisset, nullam eô nomine haberet actionem. (6) Contrà *Julianus* Titio negotiorum gestorum actionem denegabat, non quidem ipsô jure, sed datâ exceptione, nisi Maevius prohibuisset, Titium negotia gerere: sic enim actio denegari dicitur, quae per exceptionem tollitur, *L. 12. D. de minorib. L. 1. D. de Senatusc. Macedon.* Eam Juliani sententiam retulit Ulpianus ex *lib. 3. Digestorum, L. 8. §. Julianus. D. de negot. gest.* In eâ sententiâ fuerat Pomponius, & ipse fortè Sabinianus, ut colligi potest ex d. *L. si pro te. 40. D. mandat.* in eâdem Ulpianus, *L. 14. §. idem Labeo. D. de religios.* puta, si quis testatorem funeraverit, cùm heres prohibuisset, nihilominus eum funerariâ actione adversùs heredem posse agere; quia judex meram negotiorum gestorum actionem imitari non debeat, in quâ scilicet ex prohibitione domini daretur exceptio, quae actionem ipsam negotiorum gestorum eliderent. (7) Ratio istorum fuit, quòd ubi Titius in negotia Maevii sumptus adversùs prohibitionem fecisset, donandi animô fecisse videretur: ut cùm quis sciens in rem alienam sumptus facit, *L. si servus. 27. §. si olivam. D. ad leg. Aquil.* cùm quis sciens indebitum solvit, licèt eô animô solverit, ut postea repetat, *L. quod quis. D. de condict. indebit.* Justinianus sententiam Juliani hîc adversùs Proculum probare maluit, ut & Divi fratres in d. *L. Divi. D. de jur. patronat.* (8) Sanè Tribonianus impensè Juliano favisse videtur, quod jam observavimus ad *L. penult.* sup. *de condict. indebit.* Titio igitur negotiorum gestorum actionem contrariam sive directam, sive utilem denegat, si post denuntiationem, & prohibitionem Maevii negotia gerere perseveravit; licèt utiliter gesserit. (9) Quae qui-

quidem Justiniani Decisio Martino uni ex primis glossographis juris civilis probata non est; adeò ut post hanc ipsam Justiniani Decisionem, adhuc Titio actionem dandam putaverit, ita suadente aequitate naturali, quòd nemo cum alterius detrimentò, & injuriâ locupletior fieri debeat, d. *L. nam hoc. D. de cond. indebit.* (10) At non observabat, Maevium in specie hujus Decisionis non fieri locupletiorem cum injuria Titii, qui suum donare voluit, dum sciens adversùs prohibitionem in aliena negotia sumptus fecit. Nec si malae fidei possessor, qui sciens impensas utiles in rem alienam fecit, eas potest deducere, earumque impensarum ratio habetur officiô judicis, *L. 38. D. de heredit. petit.* vel per exceptionem doli mali, vel per retentionem, *L. si in area. D. de condict. indebit. L. Paulus. D. de dol. mal. except.* ideò Titius impensas in negotia Maevii factas negotiorum gestorum actione consequi debeat. Nam praedo, qui sumptus in rem alienam facit, sibi, non alii negotium gerit; & ita non creditur animum donandi habuisse. Negotiorum autem gestor non sibi, sed alii negotium gerit: & propterea Julianus, qui negabat negotiorum gestori actionem, si adversùs prohibitionem gerere perstitisset, d. *L. 8. §. 3. D. de negot. gest.* idem tamen negotiorum gestori malae fidei, & qui depraedandi causâ ad aliena negotia accessisset, actionem concedebat in id, quod dominus locupletior factus esset, *L. 6. §. sed & si quis. D. de negot. gest.*

XXXIV. *Lex ultim. C. de postum. hered. instituend.*

Idem A. Joanni P. P.

QUIDAM *cùm testamentum faciebat, his verbis usus est*: Si filius, vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto. *vel ita dixit*: Filius, vel filia, qui intra decem menses proximos nascentur, heredes sunto. *Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamentô, & hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam* decidentibus, *cùm frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes; ex neutra hujusmodi verborum compositione, ruptum fieri testamentum videtur; sed sive vivô testatore, sive post mortem ejus intra decem menses à morte testatoris numerandos, filius, vel filia, fuerint progeniti; maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis, qui suos filios non praeteriit.* Datum XII. Kalend. Decemb. Constant. Lampadiô, & Oreste VV. CC. Coss.

Ad L. ultim. C. de postum. heredib. instituend. vel exheredand. vel praeterit.

TITIUS postumum instituerat, qui sibi post mortem suam intra decem menses nasceretur: postumus non post mortem Titii patris, sed vivô eô natus erat. Vel finge; Titius postumum instituerat, qui vivô se nasceretur; postumus post mortem patris natus erat: quaerebatur, an postumus eô casu natus, quô non erat institutus, rumperet patris testamentum. (1) Et hanc quaestionem non satis aptè Justinianus hîc refert: ubi & quaedam verba deesse quidam non immeritò suspicantur. Si nullum casum pater expressisset in exheredatione, vel institutione postumi, in utrumque casum postumus rectè exheredatus, vel institutus esset, *L. 3. §. nominatim. D. de injust. rupt. & irrit. L. 10. D. de liber. & postum.* ita in substitutione, cùm neque casus vulgaris, neque pupillaris substitutionis exprimitur; veluti in reciprocâ substitutione; *eosque invicem substituo*; substitutus in utrumque casum admittitur, *L. 4. §. 1. D. de vulg. & pupill. substitut.* in stipulatione quoque nullô casu expressô, ea in omnem casum facta intelligitur, *L. cùm quaerebatur. 240. D. de verb. sign.* At si unus casus expressus fuerit, tunc quaeri potest, an ad alium casum non expressum trahi debeat: idque in Curiano illo judicio jam olim disceptatum. Quintus Mutius putabat, legitimos heredes testatori succedere; quia Curius in eum casum substitutus erat, si postumus nasceretur; non etiam in eum casum, si postumus non nasceretur. Quòd si testator alium casum expressisset, puta, *si postumus natus non erit, substituo Titium*; & postumus nasceretur, ac mox decederet: quaerebatur, an substitutus in casum mortis admitteretur, qui substitutus eô solùm casu fuerat, si postumus non nasceretur, *L. ult. C. de instit. & substit.* Ante constitutionem D. D. Marci, & Veri casus vulgaris substitutionis non trahebatur ad casum pupillaris substitutionis, aut etiam casus pupillaris substitutionis ad casum vulgaris substitutionis, *d. L. 4. in princ. L. de vulg. & pupil. substit.* (2) Ea igitur fuit controversia hujusce Decisionis, an casus expressus in institutione postumi, ad alium non expressum trahi deberet. (3) Quidam ita sentiebant, postumum institutum eô casu, si post mortem nasceretur, testamentum rumpere, si vivô patre nasceretur, Pomponius *lib. 1. ad Sabinum, d. L. 10. D. de liber. & postum* Julianus *L. si pater. 26. D. de vulg. & pupillar.* Paulus *lib. 3. sentent. tit. de testamentis*, sub finem. (4) Quia non eôdem jure, sed diversô instituebatur postumus, qui post mortem, aut qui post testamentum factum nasceretur: post mortem ex jure civili, seu jure antiquô; post testamen-

ſtamentum, ex *lege Vellɇja*. Negabant igitur caſum legis Vellejae trahi debere ad caſum juris antiqui, aut etiam caſum juris antiqui ad caſum legis Vellejae. (5) Contrariae ſententiae veſtigium non apparet, ſed haec ratio eſſe potuit; (6) quòd poſtumus praeteritus dici non poſſet, ſive vivò patre, ſive poſt mortem illius naſceretur: & propterea non debere rumpere teſtamentum. Quod & hîc Juſtinianus magis probat. Sed obſervandum eſt, quod ait, *intra decem menſes à morte teſtatoris numerandos*: quaſi poſt decem menſes poſtumus natus non ſit admittendus, quem nec ad legitimam hereditatem admittit Ulpianus, *L.* 3. §. *penult. D. de ſuis, & legitim.* (7) Et quidem Decemviri in decimô menſe gigni hominem, non undecimô ſcripſerant. Gellius *lib.* 13. *cap.* 16. Hinc ſaepe apud veteres tempus illud decem menſium, quaſi legitimum partionis tempus. Juſtinianus tamen intra menſem undecimum partum legitimum edi deinceps probavit *Novel.* 39. *cap.* 2.

XXXV. *Lex penult. Cod. de fideicommiſ.*

Idem A. Joanni P. P.

QUIDAM filium ſuum à ſacris paternis remiſit, & poſtea teſtamentô conditô eum praeteriit; nullô ei penitus relictô; aliis heredibus derelictis: ipſum autem, quem neque heredem, neque exheredatum fecit, fideicommiſſô praegravavit. Quaerebatur, ſi utile eſſet hujuſmodi fideicommiſſum. Totâ igitur antiquâ dubietate ſuper hoc exploſâ, nobis in hoc caſu placuit, ut emancipatus (utpotè injuriâ à patre adfectus) non compellatur fideicommiſſum à ſua perſona relictum praeſtare. Quod etiam in aliis perſonis, quas exheredari neceſſe eſt, locum habere cenſemus. Datum prid. Kalend. Mart. Conſtant. poſt Conſulatum Lampadii, & Oreſtis VV. CC.

Ad L. penult. Cod. de fideicommiſ.

1 *Controverſia plana.*
2 *Prima opinio, & rationes ipſius colliguntur.*
3 *Veſtigia quaedam ſignantur.*
4 *Contraria opinio, & rationes.*
5 *Veſtigium manifeſtum illius.*
6 *Exceptio adversùs rationem primae opinionis.*
7 *Deciſionis Juſtinianaeae rationes.*
8 *L.* 24. *Cod. de legatis eſt ejuſdem quaeſtionis.*

CUM pater aliis heredibus inſtitutis filium emancipatum teſtamentô praeteriiſſet, & fideicommiſſum ab eo reliquiſſet; dubitabatur, an fideicommiſſum hujuſmodi utile eſſet. (2) Quidam igitur putabant, utiles

ter fideicommissum à filio emancipato relinqui posse: Nam veluti ab iis fideicommitti potest, qui intestato succedunt, *L. Titiae. D. de inoffic. testam. L. conficiuntur*. §. 1. *L. si quis cum*. *D. de jur. codicillor.* ita pater, qui fideicommissum relinquit à filio exheredato, videtur rogare filium, ut restituat fideicommissario, quod petitâ bonorum possessione contra tabulas ad eum sit perventurum. Praeterea toties ab his fideicommissum relinqui potest, ad quos aliquid perventurum est, vel dum eis non adimitur, *L.* 1. §. *sciendum est*. *D. de legat.* 3. quod procedit in ista specie, quia cùm pater filium praeterit, nihil dat quidem, sed & nihil adimit. (3) Vestigium hujus sententiae, sed obscurè apud Africanum deprehendi potest, *L. etsi contra*. 35. *D. de vulg. & pupil. substit.* ubi si pupillus habuerit substitutum, & petierit pupillus bonorum possessionem contra tabulas; putat in substitutum legati actionem dandam esse: & rationem affert Paulus *L. ab exheredati*. 126. *D. de legat.* 1. *Perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, à patre accepisset*. Neque aliâ ratione illius sententiae auctores uti poterant, scilicet filium praeteritum fideicommissô teneri, perinde ac si à patre accepisset, quod per bonorum possessionem habuisset. (4) Alii contra sentiebant, inutiliter à praeterito filio relictum esse fideicommissum: Tum quia nihil ab eo fideicommitti potest, cui nihil relictum est; puta, à filio exheredato, *L. coheredi*. §. *quòd si*. *D. de vulg. & pupil. substit. L. ab eo. sup. hoc tit.* tum quia praeteritione ipsâ pater filium quodammodò injuriâ affecerit, aliis heredibus institutis: est enim quaedam injuria praeteritionis, ut exheredationis, *L.* 4. §. *nam cùm*. *C. de liber. praeterit.* Ideò praeteriti Senatores, quorum nomina Censores in lustro faciendo praeteriissent, *habebantur ignominiosi*. Sextus Pomp. *lib.* 19. *de verb. sign.* Valerius *lib.* 7. *cap.* 8. *ut non solùm flagitiosum silentium, sed etiam praeteritio contumeliosa videri posset*. (5) Vestigium hujus sententiae manifestum apud Gajum, *L.* 2. *D. de legat.* 3. quae loquitur de filio suo praeterito, & Paulum, *L. alieno*. 31. §. *si patronus*. *D. de fideicomm. libertat.* atque etiam fortè deprehendi potest in d. *L. coheredi*. §. *quòd si*. *D. de vulg. & pupil. substit.* quia eadem est ratio praeteriti, atque exheredati; ut à neutro fideicommissum relinqui possit. (6) Praeterea dicebant, non eandem esse rationem à filio praeterito fideicommissum relinqui, ut ab iis, qui succedunt intestato: nam qui testamentum facere potest, si non facit, sponte suâ creditur ab intestato succedentibus relinquere hereditatem, quam non adimit: & ideo potest ab eis fideicommittere, d. *L. conficiuntur*, §. 1. *D. de jur. codicillor.* At si pater filium testamentô praeterierit, non potest adimere beneficium edicti praetorii, aut facere ne filius praeteritus obtineat bonorum possessionem contra tabulas. Quòd igitur bonorum possessio filio non judiciô patris, sed beneficiô praetoris obtingeret; ideò filium in eo, quod ad eum petitâ bonorum possessione perventurum esset, fideicommissô gravari non posse contendebant, argumentô *L.* 6. *D. de legat.* 3. Justinianus postremam hanc sententiam probare maluit, ut fideicommissum à praeterito filio inutiliter relinquatur: (7) Tum quia nihil ex judicio patris accipiat; tum quia injuriâ praeteritionis affectus sit. Quod non solùm in emancipati

cipatis filiis vult obtinere, sed etiam aliis in potestate constitutis; ut scilicet ab eis sive praeteritis, sive exheredatis, fideicommissum relictum non debeatur. (8) Porrò haec Decisio eandem habet quaestionem cum *L.* 24. inf. *de legat.* Ibi enim quaerebatur, an utile esset legatum, vel fideicommissum, ab exheredati substituto relictum: hîc verò an fideicommissum à filio emancipato praeterito relictum valeret. Et haec mense illam praecessit.

XXXVI. *Lex penult. Cod. de necessar. serv. heredib. instituend.*

Idem A. Joanni P. P.

QUIDAM *cùm testamentum conderet, duobus heredibus scriptis, unum quidem ex parte heredem instituit; servum autem suum, cujus & nomen addidit, ex reliqua parte sine libertate scripsit heredem: & postea eundem servum alii legavit, vel post institutionem heredis, servum per legatum alii adsignavit, & tunc heredem eum sine libertate instituit. Dubitabatur, si hujusmodi legatum, vel institutio aliquas vires posset habere; & cui acquiratur legatum, vel institutio. Dubitationis autem materia erat, quod adhuc servum suum constitutum heredem sine libertate scripserat. Et tanta inter veteres exorta est contentio, ut vix possibile sit videri, eandem decidere. Sed antiquitatem quidem haec altercantem relinquendô, nobis alius modus hujus Decisionis inventus est; quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum. Cùm igitur invenimus nostrô jure hoc esse inductum, ut si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur, etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse: quare non hoc etiam in hereditate, & humaniùs, & favore libertatis inducimus; ut si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnino civis Romanus efficiatur? quô inductô neque acquisitio, neque tam effusus veterum, atque inextricabilis tractatus locum habeat. Neque enim ferendum est, supponere quosdam esse ita supinos, ut eundem servum, & heredem instituant sine libertate, & iterum alii per legatum eundem servum adsignent.* 1. §. *Sed cùm veteres & aliam proposuerunt ambiguitatem dicentes: si quis servum suum in testamento quidem heredem ex parte sine libertate scripserit, in codicillis autem libertatem ei reliquerit; si possit institutio valere, & ille tam heres, quàm liber fieri: ne videatur per codicillos hereditas confirmari, in quibus hereditas dari secundùm veteres regulas non potest: Nos itaque in tali dispositione, licèt in codicillis fuerit scripta, & libertatem, & hereditatem simul servis per nostram liberalitatem, & benignam interpretationem indulgemus; ut gratulentur, cùm non servi remaneant; sed & liberi, & heredes efficiantur: cùm tanta in eos nostri Numinis benevolentia effusa est, ut & si libertas eis neque testamen-*

 ti,

tò; neque codicillis data sit; tamen hereditate servis relictâ, quasi injunctam esse libertatem videri possit. 2. §. *Illò videlicet observandò, ut si legatum, vel fideicommissum eis sine libertate relinquatur, maneant in servitute: non tamen ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris, & serviles labores debitâ remuneratione defraudare conentur, & non derelictum licèt adhuc servis constitutis donent*, 3. §. *Quae juris nostri definitio, etiam ad aliam speciem dubitatam benignè extendatur: si quis etenim testamentò principali servum suum cuidam legaverit, in pupillari autem substitutione eundem servum filio suo sine libertate substituerit: quaerebatur, sive utilis esset talis substitutio, & per servum legatum substitutio post mortem pupilli legatario acquiratur; sive in tilis esset hujusmodi substitutio, quia sine libertate in servum proprium facta est. Melius itaque nobis videtur, legatario eum non statim acquiri sancire, sed expecta dum esse substitutionis eventum: & si quidem pupillò mortuò locus fuerit substitutioni, & liber, & heres efficiatur: sin autem substitutio minimè locum habuerit, forsitan pupillò jam in pubertatem perveniente; tunc ad legatarii dominium transeat. Quemadmodum enim veteres, si cum libertate substitutio fuisset, hoc inducebant, quatenus in suspenso fiat libertas, & statuliber intelligatur: ita & ex nostra interpretatione, & sine adjectione libertatis, in substitutione & liber, & heres pupillo existat.* Datum 11. Kalend. Maii Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. penult. C. de necessar. serv. heredib. instituend. vel substituend.

1 *Controversia prima exponitur.*
2 *Non facilè restitui potest.*
3 *Prima opinio.*
4 *Secunda opinio.*
5 *Tertia opinio.*
6 *Controversia illa vix decidi poterat, nec Justinianus decidit.*
7 *Auctoritatem, & rationem affert suae Decisionis.*
8 *Alia controversia exponitur.*
9 *Prima opinio, & ratio ipsius.*
10 *Vestigium.*
11 *Secunda opinio, & ratio ipsius.*
12 *Tertia controversia.*
13 *Prima opinio.*
14 *Ratio ipsius.*
15 *Secunda opinio.*
16 *In tertia quaestione Justinianus cautè legati non meminit.*

TITIUS Maevium ex parte heredem instituerat, & Stichum servum suum ex alia parte sine libertate heredem quoque instituerat; deinde post heredum institutiones, Titius Stichum servum suum Gajo legaverat. Vel finge alio modo: Titius Maevium heredem instituerat, deinde Stichum servum Gajo legaverat, eundemque Stichum postea sine libertate heredem instituerat. (1) Quaerebatur primùm, an institutio, vel legatum valeret; & si valeret, cuinam hereditas, aut legatum acquireretur. Si quidem Stichus fuisset priùs heres institutus cum libertate, deinde alii lega-

legatus, quia hereditas adimi non potest, *L. si ita.* §. *regula. D. de liber. & postum.* servi institutio per legatum non revocaretur, nisi dominus evidenter servo libertatem adimere voluerit, *L. si idem.* 14. *D. de legat.* 2. aut si servus priùs fuisset legatus, ut in secunda specie; deinde heres institutus cum libertate, vel etiam substitutus cum libertate, *L.* 2. §. 2. *D. de statuliber.* datio libertatis praevalet, quasi legatô ademptô, *L. si quis eum.* 16. in princip. *D. de vulg. & pupil. substit. d. L.* 14. *D. de legat.* 2. Ita si maritus servum, quem uxori mortis causâ donaverat, heredem cum libertate scripserit, videtur animum revocandae donationis habuisse, *L. uxori.* 22. *D. de donat. inter vir. & uxor.* At in quaestione hujus Decisionis controversiam faciebat, quòd servus sine libertate fuisset heres institutus: (2) & hanc quidem controversiam restituere non levis operae fuerit. (3) Quidam dicebant, institutionem servi nullas vires habere, quia servos nostros non nisi cum libertate heredes instituere possumus. Ulpian. *lib. sing. reg. tit.* 22. neque aliter, quàm si libertatem, & hereditatem simul accipiant, *L. servus.* 76. *D. de hered. instituen.* Titium igitur solum heredem esse dicebant, servô inutiliter sine libertate herede institutô: isti verò legatum valere dicebant, quia si cum libertate factâ institutione, legatô deinde servô ipsius legatum quandoque valeret, non institutio, ex posteriore testatoris voluntate, ut in d. *L.* 14. *D. de legat.* 2. multo magis ubi nullius momenti fuerat institutio servi facta absque libertate. (4) Alii contra sentiebant, utilem esse heredis institutionem, quasi dominus cùm servum heredem instituisset, liberum quoque facere voluisset; sed legatum esse inutile, quòd heredis institutio per legatum non revocatur, d. *L.* 14. (5) Alii autem esse utilem heredis institutionem, & legatum simul; verùm hereditatem acquiri non servo, sed legatario; & jussu legatarii servum posse adire hereditatem, ut acquireretur. Si quidem fundus servo legatus est absque libertate, deinde servus alii legatus; certum est, fundum acquiri legatario, cui servus legatus est, *L. Plautius.* 49. *D. ad leg. Falcid. L. si Eros. D. de option. vel elect. legat.* quia servus aditâ hereditate statim acquiritur legatario; deinde sequitur legatum, *L. servo.* 69. *D. de legat.* 1. Sed alia est ratio, cùm servus prius legatus deinde heres instituitur; quia, per heredis institutionem videtur legatum servi revocari. (6) Hanc controversiam *vix possibile erat decidere*, ut hîc Justinianus loquitur: neque ad Justinianus praestitit: sed veluti ille, quem nodum solvere non poterat, praescidit; ita & quod Justinianus decidere vix poterat, propter *effusum, atque inextricabilem tractatum* (ut hîc loquitur) non decidit, sed controversiae deinceps movendae occasionem sustulit. Nam cùm quaestio hujusmodi oriretur ex eo, quòd servus inutiliter absque libertate heres institueretur; Justinianus hodie servum utiliter sine libertate heredem institui voluit. Quare jam tractari non potest, cui acquiri debeat institutio, vel legatum. (7) Et hoc quidem se non per innovationem induxisse Justinianus profitetur, sed quoniam aequius erat, & Atilicino placuisse Paulus in *libris ad Sabinum, & Plautium* retulerat, §. 1. *Instit. de hered. instituend.* Nempe Atilicino placuerat, servum à domino sine libertate heredem institutum liberum fieri: quùm non sit verisimile, eum, quem heredem si-

bi

bi dominus elegit, si praetermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse: ut idem Justinianus, §. *idemque juris. Instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* Hoc fortè Paulus scripserat *lib.* 12. *ad Plautium*, ex quo d. *L. Plautius. D. ad leg. Falcid.* Aliam verò in hac *leg. penult.* Justinianus suae Decisionis profert rationem; quia jam placuerat, servum esse liberum, si dominus eum tutorem liberis suis testamentò reliquisset; & tacitè libertatem ei relictam videri, tanquam ex fideicommisso, *L. si hereditas.* 10. §. *servus*, *L. quaero.* 32. §. 2. *D. de testament. tutel. L. & si non adscripta. C. de fideicom. libert.* sed directam Justinianus tribuit, §. 3. *Instit. qui testament. tut. dar. poss.*

Ad §. *Sed cùm veteres*, & §. *Nos itaque.*

Servùs purè institui, & sub conditione libertatem accipere potest, *L. quotiens.* §. *ult. D. de hered. instituend. L. ult.* inf. *hoc tit.* si eòdem testamentò hereditas purè, & libertas sub conditione relinquatur. (8) Sed finge: Titius servum suum testamentò heredem instituerat, & codicillis ei libertatem reliquerat; quaerebatur, an servus ita rectè institutus esset, ut heres simul, & liber fieret. (9) Quidam dicebant, inutilem esse hujusmodi institutionem. Ratio illorum, fuit (quam & hîc Justinianus attigit) quòd secundùm regulam juris civilis hereditas codicillis neque dari, neque adimi possit, *L. penult. D. de condit. instit. L. Scaevola. D. ad Senatusc. Trebell.* Possunt quidem libertates relinqui codicillis, *L. libertates.* 43. *D. de manumiss. testament.* legata quoque, & fideicommissa, & tutores dari possunt, non heredes institui; ne jura testamentorum, & codicillorum commisceantur, *L. si idem. C. de codicil.* At si hereditas codicillis confirmaretur, codicillis dari videretur, ut hereditas testamentaria, quae *lege XII. Tab.* confirmatur, lege non impropriè obvenire dicitur, *L. lege.* 130. *D. de verb. sign.* ut tutores, qui confirmantur decretò praetoris, ex eo auctoritatem accipiunt, *L. jure.* 26. §. 2. *D. de testam. tutel.* (10) In ea sententia fuisse Julianum ex Sabinianis deprehenditur in *L. qui filio.* 38. §. 1. *D. de heredib. instituend.* Cùm enim servus testamentò purè scriptus fuisset, & codicillis sub conditione liber esse jussus; ait Julianus, ex codicillis quidem liberum esse, non heredem: ne scilicet ita hereditas codicillis dari videatur, contra regulas juris civilis, quibus maximè auctores ex eâ schola insistebant, ut probavimus *lib.* 1. *observat. cap.* 3. (11) Alii dicebant valere heredis institutionem, si codicilli essent testamentò confirmati; & libertatem relictam codicillis, perinde habendam esse, ac si testamentò relicta esset. Veluti si servo legatum relictum sit testamentò absque libertate, & codicillis libertas relinquatur; perinde est, ac si testamentò libertatem accepisset, *L. conficiuntur.* §. *si servo. D. de jur. codicillor.* (12) Ratio istorum fuit, quia in iis, quae sunt juris, id, quod codicillis scribitur, quasi testamentò scriptum habetur, eòve tempore, quò codicilli confirmantur, *L.* 2. §. 1. & *L.* 7. §. 1. *D. eod.* Justinianus sic quaestionem decidit, ut quia servò herede institutò libertatem competere voluit, etsi relicta non fuerit; multò magis illi competat, cùm codicillis relicta est.

Ad

Ad §. Illo videlicet.

Veluti servus à domino inutiliter heres instituitur absque libertate, ita & legatum inutiliter absque libertate ei relinquitur, *L. servus.* 76. *D. de hered. instituend. L. planè.* 34. §. *si conjunctim. D. de legat.* 1. *L. licèt. D. de adimend. legat.* nec si servus vivô testatore libertatem acceperit, legatum, quod erat inutile tempore testamenti, ex postfacto convalescit, *L.* 1. *D. de regul. Caton.* §. *an servo. Instit. de legat.* aut post mortem testatoris, *L.* 4. *C. de legat.* quam Harmenopulus *lib.* 5. *epitomes*, *tit.* 10. §. 12. malè accipit; rectiùs *Ecloga Basilicῶν lib.* 44. *tit.* 4. *cap.* 28. Sed non quemadmodum servô herede institutô voluit Justinianus illi libertatem competere; ita & voluit servo libertatem datam intelligi, si legatum, aut fideicommissum servo relictum esset. Ratio differentiae est, quòd heredis institutio honore pleniore, quàm legatum relinquatur, *L. filius.* §. *sed & si portio. D. de legat. praestand.* Verùm etsi Justinianus ex legato libertatem servo competere noluit, tamen si quid servo legatum fuerit, ei praestari voluit, puta, ad alimenta, ut in *L. servo.* 113. §. 1. *D. de legat.* 1. & *L.* 17. *D. de aliment. & cibar. legat.*

Ad §. ultimum.

(13) Finge; Titius testamentô suô principali servum Maevio legaverat, deinde eundem servum filio suo substituerat; quaerebatur, an utilis esset substitutio, ut Maevio legatario acquireretur ex substitutione hereditas; vel inutilis esset, quia servus sine libertate fuerat substitutus. Testamentum Patris hîc principale dicitur, quia priùs sibi pater debet facere testamentum, antequam filio suo substituat, hoc est, testamentum faciat, *L.* 2. §. *prius. D. de vulg. & pupil. substit.* & pupillares tabulae sunt pars prioris testamenti, *L. qui plures.* 38. *D. eod.* Unde si testamentum patris non valeat, vel quia nemo adiit hereditatem, vel quia ruptum, vel quia inofficiosum pronuntiatum est; pupillaris substitutio, seu testamentum filii non consistit, *L. si nemo. D. de testament. tutel.* (14) Qui igitur putabant in prima quaestione hujusce Decisionis, quam sup. exposuimus, legatô servô, deinde herede institutô sine libertate, utile esse legatum; & ipsi legatario hereditatem ex institutione servi acquiri: sanè & in quaestione hujus §. *ultim.* putabant, utilem esse substitutionem, & legatario acquiri haereditatem ex substitutione. (15) Nam quod erat scriptum secundis tabulis, perinde accipiebant, ac si eôdem testamentô scriptum esset, *L. si quis* 36. *D. de vulg. & pupil. substit.* Veluti igitur sentiebant, servô legatô herede institutô in primis tabulis, utile esse legatum, & acquiri hereditatem Maevio, cui servus legatus erat, antequam heres institueretur: iidem servô legatô in primis tabulis, eôdemque substitutô absque libertate in secundis, putabant, Maevio acquiri substitutionem. (16) Sed qui in prima specie putabant, inutilem esse institutionem, iidem etiam pu-

putabant, inutilem esse substitutionem. Non quaerebatur, an utile quoque esset legatum, ut in prima specie: quod non frustra Justinianus reticet: quia & hi, qui utilem substitutionem dicebant, saltem pendente pupillaris substitutionis eventu, legatum utile esse admittebant, quasi sub conditione legatum valeret, ut in *L. si fundi.* 81. §. *penult. D. de legat.* 1. *L. cùm ita*. §. 2. *D. de option. vel elect. legat.* quasi nec aliter legatum tabulis primis relictum testator adimere voluisset, quàm si casus pupillaris substitutionis extitisset. Justinianus eorum probat sententiam, qui putabant, utile esse legatum; ita tamen, ut legatario statim non acquiratur, sed tum demum, cùm certum fuerit, casum pupillaris substitutionis non posse existere: vultque interim, servum esse statuliberum. Nam veluti servus est statuliber, quando pupillo cum libertate substituitur, *L. in tabulis. D. de statuliber.* ita & vult, servum esse in conditione statutae libertatis, etsi pupillo absque libertate fuerit substitutus.

XXXVII. *Lex 24. C. de legatis.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM *quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis; eidem autem pupillo alium substitutum reliquit: maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit; sed post exheredationis injuriam, etiam substitutionem ei addidit, & à substituto legatum reliquit. Quaerebatur, si hujusmodi legatum, vel fideicommissum posset valere: sed & si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, & substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum; iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum posset relinquere. Cùm igitur antiquitas quidem hoc diversè tractare maluerit, nobis autem hujusmodi jurgia supervacua esse videantur, sancimus, nullo legatô, nullô fideicommissô, hujusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, praegravari: nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, à substituto ejus vel legare, vel fideicommittere voluit*. Datum 11. Kalend. Maji Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. 24. C. de legat.

1 *Controversia Decisionis plana.*
2 *Prima opinio, & ratio ipsius.*
3 *Vestigia signantur.*
4 *Secunda opinio, & ratio.*
5 *Alia controversia.*
6 *Prima opinio.*

7 *Vesti-*

7 *Vestigium, & ratio ipsius.*
8 *Secunda opinio.*
9 *Ratio ipsius.*
10 *L. penult. Cod. de fideicommiss. ejusdem quaestionis.*

PATER aliis heredibus institutis, filium impuberem, quem habebat in potestate, exheredaverat; eidemque filio exheredato substituerat Titium, si filius intra pubertatem decederet: & à Titio substituto filii exheredati, legatum reliquerat. Mortuô filiô intra pubertatem, & casu pupillaris substitutionis existente, Titius substitutus hereditatem filii exheredati adiit: cui scilicet post mortem patris bona, & successiones obvenerant, ut in *L.* 10. §. 5. *D. de vulg. & pupil. substitut.* (1) Quaerebatur, an Titius substitutus filii exheredati legatum à se relictum praestare teneretur. Legata quidem non solùm à primo gradu, sed etiam à secundo relinqui possunt, non solùm ab heredibus institutis, sed etiam à substitutis. Quin etiam relicta ab instituto, debentur à substituto vulgariter; licèt ab eo non sint nominatim repetita, post rescriptum DD. Principum, *L. licet.* 74. *D. de legat.* 1. *L. si Titio.* 61. *D. de legat.* 2. *L.* 4. *C. ad Senatusc. Trebel.* Legata quoque ab instituto filio relicta, debentur à substituto pupillariter; maximè si filius patri heres extiterit, *L. in ratione.* 11. §. *quod vulgo. D. ad leg. Falcid.* In substituto filii exheredati id antiquitas diversè tractaverat, ut hîc loquitur Justinianus. (2) Quidam igitur sentiebant, legatum inutiliter à Titio substituto filii exheredati relinqui: Ratio illorum fuit, quòd nihil ex bonis patris ad filium exheredatum, substitutumve perveniret. (3) In eâ sententia fuerant Julianus ex Sabinianis, *L. qui fundum.* 87. §. *qui filios.* 7. *D. ad leg. Falcid.* Scaevola *lib. sing. quaestionum publicè tractatarum*, *L. ult. D. de legat.* 3. Paulus *L. ab exheredati.* 126. *D. de legat.* 1. Tryphoninus *lib.* 18. *disputationum*, *L. miles ita.* 41. §. *si miles. D. de testament. milit.* qui loci arguunt, quàm id diversè tractatum fuerit. Si quid ex bonis patris ad filium pervenisset, tunc quidem admittebant exheredatum fideicommissò teneri, *L. coheredi* §. *quòd si. D. de vulg. & pupil. substit.* & substitutum teneri ad legatorum praestationem: commissò, puta, edictô, & petitâ bonorum possessione contra tabulas, pro modo patrimonii, quod ad eum pervenerat, d. *L. ab exheredati. D. de legat.* 1. & d. *L. ult. D. de legat.* 3. aut si filius patri heres extitisset, *L. si filius.* 12. *D. de vulgar. & pupil. substit. L.* 11. §. *quod vulgo.* & d. *L. qui fundum.* §. *qui filios. D. ad leg. Falcid.* (4) Alii contra sentiebant, substitutum exheredati legatò teneri. Ratio istorum fuit, quòd judiciô patris hereditas ad substitutum perveniret, in cujus potestate fuerat, alium filio impuberi substitutum dare. Verum est quidem, nihil ex bonis patris ad exheredatum filium pervenisse, & patrem in substitutione non de bonis suis, sed de bonis filii testatum esse: sed etiam verum est, ex tastamento filii, quod pater fecit, hereditatem deferri substituto. Quòd igitur pater Titium elegerit, quem filio substituerat, eumque pater substituendo honoraverat; ideò putabant, legatò gravari potuisse, *L.* 6. *D. de legat.* 3. Sed si nihil ex bonis patris ad filium perveniret, non ideò minus putabant, substitutum legatò teneri:

quia licèt filius heres institutus abstineret bonis paternis, tamen substitutus legata praestat; non quidem ex primis, sed ex secundis tabulis, d. *L. si filius. D. de vulg. & pupil. substitut. L. legata.* 19. §. 1. *D. de legat.* 1. Nihil interest, filium per abstentionem bonis paternis submotum esse, vel exheredationem: cùm utrôque casu ex bonis paternis nihil ad filium, substitutumve illius perveniat. (5) Praeterea quaerebatur, an si pater exheredato filio legasset, vel fideicommissum testamentò reliquisset, ab exheredati substitutô utiliter legaret: (6) Julianus etiam hoc casu putat, inutiliter legare, d. *L. qui fundum. §. qui filios. D. ad leg. Falcid.* (7) *Quia non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit*: à legatario legari non potest. Ulpianus *lib. sing. reg. tit.* 24. *de legat.* Quemadmodum igitur pater ab exheredato filio legare non poterat, ita nec ab exheredati substituto. Verùm fortè admittebant, substitutum teneri fideicommissô, non legatô: quia si non pater à filio legare, saltem ab eo fideicommissum relinquere poterat, *L. ex facto. §. 2. D. ad Senatusc. Trebel.* ut scilicet substitutus ex eo teneretur, quod ex bonis patris ad filium pervenisset. (8) Alii contra sentiebant, substitutum exheredato omnimodò teneri legatô, & fideicommissô; sive pater filio legasset, sive fideicommissum illi reliquisset: quia teneri putabant, etsi nihil prorsùs pater filio reliquisset. (9) Ratio istorum fuit, quòd utrumque filius sive legatum, sive fideicommissum, non modò judiciô patris, sed ex bonis ipsius habuisset. Justinianus tamen priorem sententiam hîc probare maluit, ut scilicet substitutus exheredato, neque legatô, neque fideicommissô teneatur: etsi eandem rem, quam filio pater legaverit, à substituto legare, aut fideicommittere voluerit; quia pater exheredans filium, eum quodammodô injuriâ affecerit, *L.* 8. in princ. *D. de inofficios. testament.* si quidem notatur existimatio filii, quem pater exheredaverit, *L. multi. D. de liber. & postum. L. non putavit. D. de bonor. poss. cont. tab. L. 1. D. de conjungend. cum emancip. liber. L. 1. §. 1. D. de adsignand. libert.* si malâ mente id fecerit, ut loquitur Ulpianus in *L.* 11. §. 2. *D. de bon. libertor.* aut cum elogio, ut Africanus *L. si postumus.* 14. *D. de liber. & postum.* Eâdem ratione Justinianus noluit, fideicommissum à praeterito filio relictum valere, licèt petitâ bonorum possessione ex bonis patris filius praeteritus aliquid habuisset, (10) *L. penult.* sup. *de fideicom.* quae mense istam praecessit, ut docet utriusque subscriptio.

XXXVIII. *Lex 20. C. de jur. deliberand.*

Idem A. Joanni P. P.

QUIDAM elogiô conditô heredem scripsit in certas uncias, & post certa verba testamenti eundem in alias uncias, vel tantas, vel quantascumque; & tertiò vel in aliam partem hereditatis, vel in quen- dam

dam unciarum modum : ille autem unam institutionem, vel duas admittens; unam, vel duas, vel quantascumque respuendas esse censuit. Quaerebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur: similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, & quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri ejus heres extitit; extraneus autem hereditatem adiit: & postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutio locum sibi vindicavit. Cumque substitutus eandem partem admittere noluit; quaesitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare: utramque igitur dubitationem simul decidendam *esse censemus. Placuit etenim nobis sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur; & necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem*. Datum prid. Kalend. Mart. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. 20. C. de jur. deliberand.

1 *Controversia hujus Decisionis duplex.*
2 *Primae controversiae prima opinio, & ratio ipsius.*
3 *Secunda opinio.*
4 *Ratio ipsius.*
5 *Secunda controversia.*
6 *Prima opinio, & ratio.*
7 *Secunda opinio.*
8 *Vestigium manifestum.*
9 *Ratio.*
10 *Vestigia utrinsque controversiae apud Ulpianum deprehenduntur.*

TESTATOR Titium ex sextante heredem instituerat: deinde post certa verba testamenti; puta, libertates, & legata, quae inter medias heredum institutiones relinqui poterant, Ulpianus *lib. sing. reg. tit. 1.* Paulus *lib. 3. sent. tit. 6.* iterum Titium ex alio sextante, aliâve parte heredem instituerat. Quaerebatur, an cùm ex prima parte hereditatem testatoris adiisset, secundam repudiare posset. (1) Finge praeterea; Pater filium suum impuberem heredem instituerat, eidemque filio suo Titium coheredem adiecerat, & filio substituerat, si intra pubertatem decederet: filius heres patri exciterat, & Titius ex sua parte hereditatem quoque adiverat. Mortuô filiô intra pubertatem, quaerebatur, an Titius, qui hereditatem ex testamento patris adiverat, hereditatem ex testamento filii, seu pupillari substitutione, adire teneretur. In prima igitur quaestione (2) quidam putabant, liberum esse Titio ex pluribus partibus instituto, quam vellet partem agnoscere, vel repudiare. Ratio illorum fuit, quod cùm essent diversae institutiones, nempè diversis partibus testamenti factae, liceret aliam agnoscere, aliam repudiare: quia nemo invitus hereditatem adire compellitur, *L. nec emere. C. hoc tit.* Si qui-

dem solus Titius heres fuisset institutus ex pluribus partibus, non potuisset aliam partem acquirere, aliam omittere, *L. si solus.* 80. *D. de hered. instituend.* ne testatorem pro parte testatum, & pro parte intestatum faceret; sed pluribus heredibus institutis, pars à Titio repudiata aliis accresceret, vel substitutis deferretur. (3) Alii contrà negabant, Titium aliam partem agnoscere, aliam repudiare posse. Ulpianus in *L. 2. D. de acq. vel omit. heredit.* Gajus *L. qui ex duabus.* 53. Paulus *d. L. si solus.* §. 1. *D. eod.* ubi rationem affert, (4) quòd Titius adeundò unam portionem omnes acquireret: nec enim licet judicium defuncti partim comprobare, partim evertere, *L. 7. D. de bon. libertor.* (quae jungenda est cum *L. is, qui.* 22. *D. de vulg. & pupil. substit.*) *L. unic.* §. *his ita. C. de cad. tollend.* ita nec legatum pro parte acquiri, & pro parte repudiari potest. Paulus *lib. 3. sentent. tit.* 6. *L. legatarius.* 38. *D. de legat.* 1. *L.* 4. *D. de legat.* 2. *L. si legatarius.* 22. *D. de fideicom. libert.* Major verò disceptatio fuerat in secunda quaestione, an Titius, qui ex testamento patris hereditatem adiverat, ex pupillari substitutione adire teneretur. Sanè qui ex institutione repudiavit, potest ex substitutione vulgari hereditatem agnoscere, *L. si te.* 76. in fin. *D. de acq. vel omit. heredit.* Et qui institutionem repudiavit, potest pupillarem substitutionem agnoscere, *L. quaesitum est*, & *L. Julianus. D. eod.* cui jungenda est *L. si filius. D. de vulg. & pupil. substit.* (5) At quaerebatur, an cùm Titius jam factus esset heres testamento, patris substitutionem sibi delatam repudiare posset. (6) Quidam putabant, Titium substitutionem repudiare posse. Ratio illorum fuit, quòd duo essent testamenta; atque etiam duae hereditates, §. *igitur. Instit. de pupil. subst.* quòd esset duplex testamentum, patris, & filii, *L. in duplicibus.* 49. *D. ad leg. Falcid.* Ex uno igitur hereditatem adiri, ex alio repudiari posse. Ideo Cassius, aditâ hereditate patris, negabat servum, cui secundis tabulis libertas adscripta fuerat, esse statuliberum, *L.* 2. §. 1. *D. de statulib.* quasi hereditas filii ex secundis tabulis repudiari posset, atque ita libertas servo adscripta deficeret. (7) Alii contra, Titium, qui institutus heres testamentò, patris hereditatem adivisset, non posse hereditatem filii praetermittere. (8) Vestigium hujus sententiae manifestum apud Neratium ex Proculejanis in *L. qui patri.* 59. *D. de acquir. vel omit. hered.* & Ulpianum *lib.* 4. *disputationum*, *L. Iulianus.* 42. *D. eod.* (9) Ratio istorum fuit, quòd unum esset testamentum patris, & filii, *L.* 2. §. *illud. D. de heredit. vel act. vend. L. patris. D. de vulg. & pupil. substit. L. paterfamilias.* 28. *D. de reb. auct. jud. possid.* Idque jam attigimus in *L. antepenult.* sup. *de necess. serv. hered. instituend.* Porrò observatione dignum est, (10) Ulpianum tres illas quaestiones eodem librò tractasse; nempe quaestionem d. *L. antepenult. C. de necessar. serv. hered. instituend.* & duas, quae in hac Decisione proponuntur: si conjungantur *L.* 2. in fin. *D. de statuliber. L.* 2. *D. de acq. vel omit. hered. L.* 8. *L.* 10. §. *filio. D. de vulg. & pupil. substit.* ex eodem *lib.* 4. *Ulpian. ad Sabinum.* Justinianus sic decidit, ut qui partem hereditatis agnoverit, aliam agnoscere teneatur: & qui adierit hereditatem ex institutione patris, idem quoque ex testamento filii, seu substitutione pupillari hereditatem adire teneatur.

Lex

XXXIX. *Lex 4. C. de verbor. & rer. significat.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM *quidam sic vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisset:* Ille, aut ille mihi heres esto; *vel*, illi, aut illi do lego, *vel*, dari volo; *vel*, illum, aut illum liberum, aut tutorem esse volo, *vel* jubeo: *Dubitabatur, utrùmne inutilis sit hujusmodi institutio, & legatum, & fideicommissum, & libertas, & tutoris datio: an occupantis melior conditio sit, an ambo in hujusmodi lucra, vel munera vocentur, & an secundùm aliquem ordinem admittantur, an uterque omnimodò; cùm alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum; alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverint, quasi recentiore voluntate testatoris utentem. Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere; ut sic explicari possit tanta auctorum varietas: cùm non solùm Iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur. Melius itaque nobis visum est, omni hujusmodi verbositate explosâ, conjunctionem* aut *pro* & *accipi: ut videatur copulativè modò esse prolata, & magis sit* παραδιάζευξις, *ut & primam personam inducat, & secundam non repellat. Quemadmodum enim (verbi gratia) in interdicto,* Quod vi aut clam, aut *conjunctio pro* & *apertissimè posita est: ita & in omnibus hujusmodi casibus sive institutionum, sive legatorum, sive fideicommissorum, vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum; ut ambo veniant aequâ lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur, libertas utrumque capiat, tutoris ambo fungantur officiò, ut sic nemo defraudetur à commodo testatoris, & major providentia pupillis inferatur: ne dum dubitatur, apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant. Sed haec quidem sancimus, cùm in personas hujusmodi proferatur scriptura; sin autem una quidem est persona, res autem ita derelictae sunt,* illam, aut illam rem illi do lego, *vel* per fideicommissum relinquo; *tunc secundùm veteres regulas, & antiquas definitiones, vetustatis jura maneant incorrupta, nullâ innovatione eis ex hac constitutione introducendâ. Quod etiam in contractibus locum habere censemus.* Datum pridie Kalend. Maii Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. 4. C. de verbor. & rer. significat.

CUM testator sub disiunctione heredes instituisset, puta, *Titius, aut Gajus heres esto*; vel ita duobus tutelam, libertatem, legatum, fideicommissumve reliquisset: (1) plures fuerant Jurisconsultorum altercationes, quae ad *non leve libri volumen extendi poterant*, ut hîc Justinianus loquitur. Nec modò variae fuerant Jurisconsultorum sententiae, sed etiam (2) principales ipsae constitutiones variaverant, quibus suam quisque sententiam tuebatur. Non novum est, eâdem de re Principum diversas fuisse constitutiones: aliter Aurelius Antoninus constituit in *L. non putabam. 48. D. de condit. & demonstr.* aliter Severus, vel Antoninus Caracalla in *L. qui filium. 74. §. Fabius. D. ad Senatusc. Trebel.* aliter D. Adrianus in *§. thesauros. Instit. de rer. division.* aliter DD. fratres in *L. 3. §. 10. D. de jur. fisc.* Varia quoque extant rescripta DD. fratrum in *L. Divi. D. de jur. patronat.* Si igitur ita testator heredes instituisset, *Titius, aut Gajus heres esto*: (3) quidam putabant, inutilem esse hujusmodi heredis institutionem. Ratio illorum fuit, quòd certum debeat esse testantis judicium. Ulpianus *lib. sing. regul. tit.* 20. sed quod sub disiunctione dicitur, incertum est. Paulus *lib. singul. de injuriis in collat. leg. Mosaic. cum leg. Roman. tit. 2. Certum dicit, qui suo nomine demonstrat injuriam, neque ita, ut per disiunctionem hoc, aut illud accidisse comprehendat.* Ulpianus in *L. praetor. 7. §. quod autem. D. de injur. Certum eum dicere Labeo ait, qui dicat nomen injuriae, neque sub alternatione, puta, illud, aut illud.* Qui illud, aut illud stipulatur, incertum in stipulationem deducit, *L. ubi autem. 75. §. qui illud. D. de verbor. oblig.* Quòd ergo incerta esset hujusmodi institutio, *Titius, aut Gajus heres esto*; ideò inutilem esse existimabant: ita si servus communis *illi, aut illi domino* stipulatus esset, puta, *Titio, aut Gajo*, Cassius inutilem esse stipulationem scripsit: & Julianus sententiam Cassii probat *L. 9. 10. & 21. D. de stipulat. servor.* (4) Ex quibus locis non malè argumentum in sententiam hujus quaestionis trahi possit, scilicet, Sabinianos

nianos sensisse inutilem esse heredis institutionem. (5) Alii contrà putabant, valere hanc heredis institutionem, & disiunctivè accipiebant verba illa, *Titius, aut Gajus heres esto*; ut unus tantùm admitteretur: nam in disiunctiva oratione positô alterô, alterum tollitur. Proculus *lib. 2. epistol. in L. haec verba. 124. D. de verb. sign.* ex qua (6) vestigium hujus sententiae signari potest. Idque Proculus à Stoicis acceperat, de quibus Lucius Seneca *epist.* 88. *Philosophi* (& illi Stoici) *quantum habent supervacui, quantum ab usu recedentis: ipsi quoque ad syllabarum distinctiones, & conjunctionum, ac praepositionum proprietates descenderunt, & invidere Grammaticis.* Quod & observavimus *lib. 1. Observationum cap.* 10. Gellius *lib.* 16. *cap.* 8. *Ex omnibus, quae disiunguntur, unum verum esse debet, falsa cetera.* (7) Inter istos autem, qui disiunctivè verba illa testatoris accipiebant, adhuc quatuor fuerant diversae sententiae, quas facilè ex verbis Justiniani hîc possis colligere. (8) Alii putabant, occupantis meliorem esse conditionem; puta, qui primus hereditatem adiisset, tutelam, libertatem, legatum, aut fideicommissum occupasset. Nam inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior est conditio, *L. fideicommissa. 11. §. plerumque. D. de legat. 3. L. inter eos. D. de re judicat. L. si Titius. 9. D. de verbor. oblig.* ita si convenerit arbitratu *Titii, aut Gaii fieri*, possunt litigatores quem velint occupare, *L. item si. 17. §. sed si ita. D. de recept. qui arbitr. receper.* (9) Alii dicebant, ordinem quendam substitutionis inter eos factum videri, ut Titius primò nominatus pro instituto, Gajus autem secundò nominatus pro substituto esset: neque aliter Gajum admitti debere ad hereditatem, quàm si Titius heres non esset; quod Justinianus in institutionibus heredum tantùm processisse his verbis innuit: *Cùm alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum.* sed fortè etiam in legatis, tutelis, & fideicommissis procedebat; in quibus substitui potest, *L. ut heredibus. 50. D. de legat. 2. L. penult. D. de testament. tutel.* (10) Vestigium quoddam hujus sententiae deprehendi potest in *L. cùm pater. 77. §. penult. D. de legat. 2.* (11) Alii in fideicommissis, posteriore locô nominatum potiorem esse contendebant; quòd nudâ voluntate fideicommissa infirmentur, *L. si jure. 18. D. de legat. 3.* & posterior voluntas sit firmior, *L. clari. 19. C. de fideicommiss.* quasi testator Titio fideicommissum ademisset, ut Gajo potiùs restitueretur. (12) Sed & ex his, qui putabant, valere heredis institutionem, nonnulli verba illa, *Titius, aut Gajus heres esto*, conjunctim accipiebant. Et id quidem ambiguum est. Julianus *lib. singul. de ambiguitatibus*, in *L. si is qui. §. ult. D. de reb. dub. Si mihi filius, aut filia heres non erit, Sejus heres esto: non satis voluntatem suam declarabit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quàm si neque filius, neque filia heres sit.* Hoc est, si utrumque conjungere, vel disiungere voluerit: (13) quia verba disiuncta aliquando pro conjunctis secundùm mentem pronuntiantis accipiuntur, & conjuncta pro disiunctis, *L. conjunctionem. 29. & L. saepe. 53. D. de verb. sign.* In edicto praetoris haec verba, *de itinere, actuque privato*, licèt conjuncta proferantur, pro disiunctis accipienda sunt: sufficit enim vel iter, vel actum in usu habuisse, *L. 1. §. si quis hoc interdicto. D. de itiner. actu-*

que

que privat. Contra in alio praetoris edicto haec verba, *quod vi, aut clam factum est*, licèt disiuncta proferantur, pro conjunctis accipienda sunt: neque enim praetor dat hoc interdictum, nisi cùm aliquid & vi, & clam simul factum est, *L. is qui.* §. *hoc interdictum. D. quod vi, aut clam.* Cujus edicti argumentô Justinianus suam probat Decisionem; ut oratio illa, *Titius, aut Gajus heres esto*, pro conjuncta accipiatur; & uterque ad hereditatem, tutelam, libertatem, legatum, vel fideicommissum admittatur: quasi sit magis παραδιάζευξις, (ut Justinianus) hoc est, vitiosa disiunctio, quàm vera διάζευξις: disiunctum mendacium, παραδιαζευγμένον ἀξίωμα, Gellio d. *cap.* 8. Subdisiunctivam orationem Proculus dixit in d. *L. haec verba. D. de verb. sign.* ubi idem affert exemplum subdisiuncti, *aut sedet, aut ambulat*, quod Gellius d. *cap.* 8. παραδιαζευγμένον, *aut currit, aut ambulat, aut stat.* Priscianus *lib.* 16. *Subdisiunctivae sunt, quae vice disiunctarum utrumque tamen esse significant, vel simul, ut copulatae; vel discretae simul.* In disiuncta oratione Titius debet Gajum, vel Gajus Titium excludere; ut unô positô alterum excludatur: in subdisiunctiva oratione utrumque simul esse potest, aut non potest, d. *L. haec verba. D. de verb. sign.* quod & hìc Justinianus intelligit, *ut & primam personam inducat, & secundam non repellat.* (14) Quasi testator ita non disiunctâ oratione usus esset, ut alterum necessariò excluderet; sed ut uterque admitti posset. Priscianus d. *lib.* 16. *Similiter, si dicam, Vel tunicam mihi accommoda, vel etiam penulam; subdisiunctivum est: videor enim in alterius petitione, libenter utrumque accipere.* Praeterea Iustinianus (15) ex hac constitutione majorem pupillis providentiam inferri voluit, ne dum dubitatur, apud quos tutela esse debeat; puta, an apud Titium, vel Gajum, vel ex hjs neuter sit propter incertum, ut in *L. duo sunt Titii. D. de testament. tutel.* res pupillorum pereant. Et favorem quoque libertatis praetendere potuit, ut libertas Sticho, aut Pamphilo relicta, potiùs ambobus, quàm neutri competat.

Ad vers. Sed haec quidem.

(16) Non ut in alternatione personarum, Iustinianus disiunctam orationem pro conjuncta haberi voluit; ita & in alternatione rerum: puta, si testator fundum Titianum, aut Maevianum sub alternatione legaverit, vel per fideicommissum reliquerit: sed vult, veteres regulas servari in legatis, & fideicommissis; scilicet ut utrumque non debeatur, sed alterutrum. (17) In legatis quidem non semper fuit electio heredis; nam si per vindicationem legatum fuisset, legatarii fuit electio, *L. plané.* 34. §. *penult. D. de legat.* 1. *L. Lucio.* 23. *D. de legat.* 2. si verò per damnationem, electio fuit heredis. Ulpianus *lib. sing. regul. tit.* 24. *L. cùm res.* 47. §. 3. *D. de legat.* 1. *L. si is cui.* 19. *L. si ita.* 43. §. *ult. D. de legat.* 2. (18) Ratio differentiae manifesta, quòd dominium rei per vindicationem legatae rectâ viâ transiret ad heredem, *L.* 3. §. *si rem. D. de legat.* 3. *L. à Titio. D. de furt.* per damnationem verò legatum ab herede peti debuit. Itaque agente legatariô ex testamento, heredis utpote debitoris fuit electio, quam mallet

ex duabus rebus sub alternatione legatis solvere. In fideicommissis heredis semper fuit electio, quia fideicommissum ab herede peti debuit. Sublatâ hodie differentiâ legatorum, *L. 2. C. commun. de legat.* (19) neque istam remansisse crederem, inter legatum vindicationis, & damnationis: tum quia Justinianus hìc legata, & fideicommissa exaequavit, ut paulò antè per omnia exaequaverat, d. *L. 2.* scilicet, ut tam in legatis, quàm fideicommissis electio sit heredis. Tum quia Justinianus easdem regulas vult locum habere in contractibus. At in contractibus electio est debitoris, *L. si in emptione. 34. §. si emptio. D. de contrah. emption. L. plerumque in fin. D. de jur. dot. L. quod autem. 7. §. si maritus, D. de donat. inter vir. & uxor. L. adigere. §. 1. D. de jur. patronat. L. eum, qui. 138. §. 1. D. de verb. oblig.* Quemadmodum igitur in contractibus, ita Justinianus in legatis, & fideicommissis sub disjunctione relictis, secundùm veteres regulas, heredis electionem esse voluit, nisi manifestò eam fuisse testatoris voluntatem appareat, ut legatario, non heredi electionem dare voluerit.

XL. *Lex 21. C. de jur. deliberand.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium ejus vindicabat, in judicio adversabatur: is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, ut acquisitio hereditatis per eum celebraretur: indignatus est quasi domino, ei parere. Dubitatio veteribus exorta est, si qua poena imponatur hujusmodi insolentiae. Veteres in multas trahuntur sententias; sed nos eorum discordiam sic esse decidendam *censemus, ut distinctio subtilis causae ei imponatur; ut si quidem ita scripta est institutio,* Illum servum illius heredem instituo; *quia apertissimum est, intuitu domini institutionem esse conscriptam: necesse sit omnimodò per competentem judicem eum compelli adire quidem hereditatem, & eam acquirere. Nulli autem ex postfacto subjici gravamini, si liber pronuntietur; sed omne sive lucrum, sive damnum, ad eum redundare, qui in servitutem eum trahebat: & denegari ei, & adversùs eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex hoc praejudiciô generandô. Sin autem quasi liber institutus est, nullâ domini, vel servi mentione in institutione habitâ; tunc nullò compelli modò eum adire hereditatem: nec denegari ei liberale judicium, sed & hereditatem per suum jus decurrere, & liberale judicium suam expectare sententiam, sive agente eô, sive pulsatô: ut si quidem servus pronuntietur, tunc domino suo hereditatem acquirat; sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit.* Datum Kalend. Maji Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. 21. C. de jur. deliberand.

1 *Controversia restituitur ex quaestione voluntatis.*
2 *Prima opinio.*
3 *Ratio ipsius.*
4 *Secunda opinio.*
5 *Rationes ipsius colliguntur.*
6 *Interpretatio l. 3. Cod. de heredib. instituend.*
7 *Vestigium quoddam controversiae deprehenditur.*
8 *Tertia quaedam opinio conjicitur.*
9 *Justiniani subtilis distinctio, ut videtur illi.*
10 *Et tamen saepe aliàs tradita.*

TITIUS Stichi dominium sibi vindicabat, eique controversiam status faciebat: Stichus se liberum esse contendebat, & Titio in judicio adversabatur (licet enim servo ex hac causa adversùs dominum consistere, *L. vix certis.* 53. *D. de judic.*) pendente judiciô liberali Maevius testamentô suô Stichum heredem instituerat. (1) Disceptabant juris auctores, utrùm Stichus jussu Titii quasi domini hereditatem adire deberet; an verò Stichus quasi liber domino impune parêre non posset: *& in multas trahebantur sententias*, ut hîc Justinianus, quas non ità facilè est restituere, nec eas Justinianus retulit; nec earum extant vestigia. Fuit haec quaestio voluntatis, an Maevius Stichum quasi liberum, vel servum heredem instituisset. (2) Alii dicebant, Stichum ut servum fuisse heredem institutum, & ita jussu domini debere hereditatem adire. (3) Ratio illorum fuit, quòd Stichus heres institutus fuisset, non ut ipse heres esset, sed ut alium heredem faceret, *L. si paterfamilias.* 40. *D. de hered. instituend. L.* 3. *C. eod.* (4) Alii contrà sentiebant, Stichum non ut servum, sed ut liberum fuisse heredem institutum: (5) Ratio istorum fuit, quòd liberali causâ ordinatâ is, qui de sua conditione litigat, pro libero habeatur, *L. ordinata*, *L. si cui*, §. *licet. D. de liberal. caus. L. lite*, *C. eod.* atque ita videbatur Maevius Stichum non ut servum, sed ut liberum heredem instituisse; cùm jam liberalis causa inter Titium, & Stichum mota esset. Praeterea dicebant, Stichum posse Titii jussum recusare, ne si jussu illius adiret hereditatem, praejudicium libertati faceret. Quod verò hîc nonnulli existimant, servum heredem institutum etiam jubente dominô secundùm quorumdam sententiam non potuisse hereditatem adire ex d. *L.* 3. *C. de hered. instituend.* per quàm absurdum est. Nam ejus est non nolle, qui potest velle, *L.* 3. *D. de reg. jur.* quae jungenda est cum *L.* 4. *D. de acq. vel omit. haered.* Servus non nisi jussu domini hereditatem adire potest; ita nec nisi jussu ipsius repudiare: & si servus dicto domini audiens non sit, qui hereditatem adire jusserit, compellendus est hoc facere, *L.* 1. §. *quid ergo. D. si quis omiss. caus. testament.* Idemque in filiofamilias obtinebat, ut non nisi jussu patris hereditatem adire, aut repudiare posset; ante constitutionem Justiniani, *L. cùm non solùm. C. de bon. quae liber.* (6) Ideo servus in d. *L.* 3. *C. de hered. instituend. potuit quamvis jubente dominô nolle adire*: quia Julianus ibi non ut servus, sed ut libertus fuerat

rat institutus : & ita voluntati illius relictum erat, utrùm hereditatem adire vellet, necne. (7) Vestigium quoddam hujus controversiae, sed subobscurè deprehendi poteſt in *L. liber homo.* 59. in princ. *D. de hered. instituend.* & *L. liber homo.* 19. *D. de acquir. rer. domin.* atque etiam in *L. si eum hominem.* 33. *D. de fidejussor. & mandator.* (8) Alii fortè distinguebant, utrùm servus litigaret ex possessione servitutis in libertatem, ut eo cogi posset; vel ex possessione libertatis in servitutem, ut eo cogi non posset. Justinianus distinguit hîc subtiliter, (ut sibi videtur) an Maevius instituendo Stichum, domini mentionem fecerit: puta, *Stichum servum Titii heredem instituo*: ut ita domini factâ mentione, Stichus contemplatione domini, non sui, heres institutus videatur; jussuque ipsius hereditatem adire teneatur. Ita tamen, ut si postea Stichus liber pronuntietur, nullum gravamen propter hereditatem aditam sentiae debeat; quia necessitate id fecerit, d. *L. liber homo.* 19. *D. de acquir. rer. domin.* Si verò Titius simpliciter servum heredem instituerit, nullâ servi, aut domini factâ mentione; vult Justinianus, non compelli Stichum pendente judiciò liberali ad adeundam hereditatem: quasi potiùs ut liber, quàm ut servus; & potiùs contemplatione sui ipsius, quàm domini fuerit heres institutus: sed vult expectari finem liberalis judicii, ut finitô eô Stichus liber pronunciatus suô arbitriô hereditatem adeat; vel jussû Titii, si servus fuerit pronuntiatus: quod convenit omnino cum d. *L. si eum hominem.* 33. *D. de fidejuss. & mandat. Planè si meus fuerit, & idcirco differam aditionem, ut cùm vicero, tunc eum jubeam adire.* (10 Saepe illa distinctio admittitur, an contemplatione domini, vel servi hereditas relinquatur, d. *L. liber homo. D. de acquir. rer. domin.* vel legatum, *L. filiofamilias.* 42. *D. de cond. & demonstr.* vel donatio mortis causâ, *L. si filio familias.* 23. *D. de mort. caus. donat.* Ceterum verba illa, *nec denegari ei liberale judicium, sed & hereditatem per suum jus decurrere*, sic intelligenda sunt; quod propter hereditatis quaestionem quandoque sustinebatur liberale judicium, ne praejudicium hereditati fieret, *L.* 7. in princ. *D. de heredit. pet. sive agente ei, sive pulsatô*, hoc est, sive servus ex possessione servitutis in libertatem proclamaverit; sive dominus ex possessione libertatis in servitutem vindicaverit, *L. liberum.* 7. §. *si quis. D. de lib. caus.* quibus verbis aliorum distinctionem Justinianus rejicit.

XLI. *Lex penult. C. de impub. & aliis substitut.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM *quidam, duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis, adjecit*, si uterque impubes decesserit, illum sibi heredem esse: *dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrùmne tunc voluerit substitutum admitti, cùm uterque filius ejus in prima aetate decesserit, an alterutrò decedente,*

cedente, illico substitutum in ejus partem succedere. Et placuit Sabino, *substitutionem tunc locum habere, cùm uterque decesserit: cogitasse enim patrem, primò filiò decedente, fratrem suum in ejus portionem succedere. Nos ejusdem* Sabini *veriorem sententiam existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima aetate decesserit.* Datum VI. Kalend. Aug. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. penult. C. de impub. & aliis substitut.

1 *Controversia ex quaestione voluntatis.*
2 *Sabini sententia, & ratio.*
3 *Vestigium apud Papinianum.*
4 *Contraria opinio, & ratio.*
5 *Vestigium illius, quod quidam asserunt, non probatur.*
6 *Interpretatio L. 57. D. ad Senatusconsultum Trebellian.*
7 *Prima aetas usque ad pubertatem.*

ERAT & haec quaestio voluntatis, (1) an id voluisset testator, ut alterô ex filiis defunctô impubere, substitutus statim admitteretur exclusô fratre; vel non aliter admitteretur, quàm si uterque filius impubes decederet. (2) Sabini sententia fuerat (quam & hîc Justinianus refert, atque utinam id saltem in aliis Decisionibus praestitisset) alterô mortuô fratrem succedere, non substitutum: quòd pater cogitaverat, primô filiô decedente, alterum illi jure legitimô succedere, vel, ut Florentinus, jus legitimarum hereditatum inter eos custodiri voluerit, *L. vel singulis.* 37. *D. de vulg. & pupil. substit.* (3) Vestigium hujus sententiae apud Papinianum, *L. qui duos* 42. *ff. de vulg. & pupil. substit.* pater enim substituerat filiis, *si ambo mortui essent*; nec diversum est, *si uterque decesserit.* Augustinus de Grammatica: *Uterque significat ambos, & tamen singularis sermo est, sed significatione duali.* (4) Alii contra, &, ut videtur, diversae scholae auctores Proculejani sentiebant, alterô mortuô ad ejus successionem admitti debere substitutum: quod cùm pater filios invicem non substituisset, substitutum potiùs, quàm fratrem ad haereditatem mortui admitti voluisset. (5) Vestigium hujus sententiae non signarem in *L. heredes mei.* 57. §. 1. *D. ad Senatusc. Trebel.* (nec enim putandum est, Papinianum adeò sibi repugnantem fuisse, licèt ei id aliquando contigerit, ut jam observavimus ad *L. ult.* sup. *de furt.*) ubi tamen *uterque* pro *alterutro* sumitur: Cùm enim testator substituisset liberis per fideicommissum, si uterque sine liberis decessisset, novissimô sine liberis decedente, ad fideicommissum substitutus admittitur: licèt non uterque, sed unus tantùm sine liberis decesserit. (6) Hoc fortè in substitutione precariâ, seu fideicommissariâ, in quâ magis voluntatem spectari convenit, ut ibidem Papinianus, & *L. penult. D. de legat.* 1. *L.* 11. §. *item si quis. L.* 18. & *L.* 95. *D. de legat.* 3. In quâ etiam tacita substitutio ex conjectura voluntatis facilè inducitur, *L. cùm quaerebatur.* 64. *D. de legat.* 2. Justinianus Sabini sententiam

tiam hic probare maluit, ut non aliter substitutus admittatur, quàm si uterque filius in prima aetate decesserit: (7) *in prima aetate*, hoc est, pupillari, quae ad decimum quartum annum extenditur, *L. unic. C. Theodos. de his, qui ven. aetat. impetrav.* quod attigimus *lib. 1. Observationum. cap.* 14. Finge igitur in specie hujus Decisionis, unum puberem decessisse, alium verò impuberem; substitutus ad portionem impuberis mortui non admittetur.

XLII. *Lex ultim. Cod. de impuber. & aliis substitut.*

Idem A. Joanni P. P.

S*I quis duobus heredibus institutis, filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituerit: & verba testamenti ita composuerit:* Quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres esto: *Secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuô impubere filiô, quaerebatur, quomodò ad substitutionem vocentur tres substituti: utrùmne duo priores, qui & patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocentur; tertius in reliquam dimidiam: an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocentur. Aliâ applicatâ dubitatione, si quis heredem ita scripserit,* Titius unà cum filiis suis, & Sempronius mihi heredes sunto. *Et in praesenti enim specie quaerebatur secundùm Ulpianum, voluntas testatoris utrùmne Titium unà cum filiis suis in dimidiam vocet, & Sempronium in aliam dimidiam; an omnes in virilem portionem. Nobis autem in prima quidem specie videtur, tres substitutos unumquemqe in trientem vocari: in secunda autem specie, cùm & naturâ pater, & filius eadem esse persona penè intelligantur; dimidiam quidem partem Titio cum filiis suis, alteram autem partem Sempronio adsignari.* Datum VI. Kalend. August. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. ult. C. de impuber. & aliis substitutionib.

1 *Controversia conjecturis quibusdam repetitur ex lib. 4. Ulpian. ad Sabinum.*
2 *Prima opinio.*
3 *Ratio ipsius colligitur.*
4 *Vestigium signatur.*
5 *Secunda opinio.*
6 *Vestigium.*
7 *Ratio.*
8 *Alia controversia exponitur.*
9 *Prima opinio, & vestigium.*
10 *Secunda opinio, cujus & vestigium quoddam deprehenditur.*

Pater

PATER duos heredes Maevium, & Sejum testamentô sibi instituerat, deinde adjecerat, *Quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo impuberi heres esto*. Mortuô filiô impubere, quaerebatur, quomodô dividenda esset hereditas filii impuberis inter substitutos: & hanc quaestionem apud Ulpianum se invenisse refert Justinianus. Formulam illam, *Quisquis mihi heres erit*, Ulpianus interpretatus fuerat *lib. 4. ad Sabinum*, ut constat ex *L.* 8. & *L.* 10. *D. de vulg. & pupil. substit.* & *L.* 3. *D. de legat.* 3. (1) Unde quis non malè conjiciat id Justinianum invenisse *lib. 4. Ulpiani ad Sabinum*: tum quia *L. penult.* sup. *hoc tit.* quae eôdem die edita est, referat aliam Sabini sententiam. (2) Quidam in specie hujus *leg. ultim.* sic voluntatem testatoris accipiebant, quasi duos semisses facere voluisset; ita ut Maevius, & Sejus instituti testamentô patris alterum semissem haberent, & Titius in substitutione adjectus alterum semissem. (3) Ratio illorum fuit, quòd cùm Maevius, & Sejus fuissent testamentô patris in ipsa institutione conjuncti, & in substitutione quoque pro conjunctis haberi deberent: velut in illa specie, *Titius heres esto, Maevius, & Sejus heredes sunto*; duo semisses fiunt; quorum unum habet Titius, alterum Maevius, & Sejus, *L. Attio.* 11. & *L. liber homo.* 59. §. 2. *D. de hered. instituend.* (4) Vestigium hujus sententiae manifestum ex Labeone, *L. si pater.* 9. *D. de vulg. & pupil. subst.* (5) Alii sic voluntatem testatoris interpretabantur, quasi tres trientes, seu tres portiones hereditatis facere voluisset; ut unum trientem haberet Maevius, alterum Sejus, & tertium Titius: & ita aequalibus portionibus ad hereditatem filii impuberis admitterentur. (6) Vestigium quoque hujus sententiae deprehendi potest apud Julianum contrariae scholae, in *L. qui complures.* 32. *D. de vulg.* ubi Titius, qui ceteris heredibus adjectus fuit, in virilem portionem admittitur, non in semissem: & apud Scaevolam *L. Lucius Titius.* 88. §. *Lucius Titius.* 6. *D. de legat.* 2. (7) Ratio istorum fuit, quòd licèt in institutione conjuncti essent Maevius, & Sejus, non tamen in substitutionê: atque haec verba, *Quisquis mihi heres erit*, perinde accipienda sint, ac si testator ita substituisset filio, *Maevius, & Sejus, & Titius filio impuberi heredes sunto*: ut ita viriles portiones habere debeant. Quam sententiam Justinianus hîc probare maluit, quae fuerat Sabinianorum: ut in d. *L. penult.* sup. *hoc tit.* veriorem Sabini sententiam existimavit.

Ad vers. Alia applicata.

Subjicitur alia quaestio ab hoc tit. extraria, quae non pertinet ad substitutiones, sed ad institutiones heredum: Verùm quia superiori quaestioni proxima erat, eam Justinianus dirimere voluit. (8) Finge: testator Titium unà cùm filiis suis, & Sempronium heredem instituerat; quaerebatur, an duo semisses fieri deberent, ita ut unum semissem haberet Titius cum filiis, alterum Sempronius; vel in aequales portiones dividenda esset testatoris hereditas: & hanc quaestionem non minùs, quàm superiorem inter eosdem juris auctores tractatam existimo. (9) Quidam ita sentiebant, duos semisses fieri debere, & vestigium hujus sententiae signari

potest

poteſt in *L. ſi quis Attio. 7. D. de uſufruct. accreſcend. ex* Pauli *lib. 3. ad Sabinam : ſi quis Attio , & heredibus uſumfructum legaverit ; dimidiam Attius , dimidiam heredes habebunt.* (10) Alii contrà Titium , & filios Titii, & Sempronium ad viriles portiones admitti debere : in quâ ſententia videtur fuiſſe Scaevola, *L. Lucius Titius.* 88. §. *Lucius Titius. 6. D. de legat.* 2. Teſtator praedium libertis , & Sejae legaverat ; Seja non ad dimidiam partem praedii , ſed ad virilem cum libertis admittitur . Iuſtiniano magis placuit in ſpecie hujus quaeſtionis , ut dimidiam partem hereditatis habeat Titius cum filiis , & aliam dimidiam Sempronius . Rationem ſubjicit , quòd pater , & filius, naturâ eadem perſona penè eſſe intelligantur: ut ita ſcilicet in unum ſemiſſem conjungi debeant. Ait, *naturâ penè*, nam civilis ratio magis facit , quàm naturalis , ut filius una cum patre perſona eſſe intelligatur : quod attigimus *lib. 3. Obſervationum cap. 4.*

XLIII. *Lex ult. C. qui, & adverſ. quos in integr. reſtit. non poſſ.*

Imp. Juſtin. A. Joanni P. P.

CUM *apud veteres dubitabatur , an liberi parentes ſuos , vel liberti patronos in querimoniam deducere poſſent ; quaſi non ritè in eos verſatos: quidam exiſtimabant , nullam eſſe contra hujuſmodi perſonas in integrum reſtitutionem ; pondere naturali , vel patronali reverentiâ hujuſmodi petulantiae refragante : niſi vel ex magna cauſa , vel adversùs turpem eorum perſonam . Alii autem perſonarum quidem , vel cauſae diſtinctionem reſpuendam eſſe cenſuerunt ; tunc autem tantummodò dandam eſſe reſtitutionem putaverunt , cùm minor ex ſua ſimplicitate ſe deceptum, non ex dolo patris , vel patroni circumſcriptum eſſe diceret . Sed ut maneat in omnibus honor parentibus , & patrono , vel patronae illibatus , atque intactus; ſancimus , nullomodò neque adversùs parentes utriuſque ſexus , neque adversùs patronum , vel patronam dari reſtitutionem : nam perſonarum reverentia omnem eis excludit reſtitutionem; cùm procul dubiò ſit, etiam ipſas perſonas cavere , nequid ſuae opinioni contrarium exiſtat .* Datum Kalend. Septemb. Conſtant. poſt Conſulatum Lampadii , & Oreſtis VV. CC.

Ad L. ultim. C. qui, & adverſ. quos in integr. reſtit. non poſſ.

1 *Controverſia plana.*
2 *Prima opinio cum diſtinctione.*
3 *Secundae quoque opinionis diſtinctio.*
4 *Veſtigia quaedam illius opinionis ſignantur.*
5 *Juſtinianus ab hac Deciſione poſtea receſſit.*

CUM

CUM quaereretur, an liberi adversùs parentes, vel liberti adversùs patronos restitutionem in integrum petere possent; quidam negabant, dandam esse in integrum restitutionem, propter honorem parentibus, & patronis debitum; nisi ex magna causa: idque versabatur in cognitione praetoris, utrûm satis magna esset causa, propter quam restitutionem daret; vel levior, ex qua denegaret: nam veluti de modica summa actio de dolo non datur, *L.* 9. in fin. 10. 11. *D. de dol.* ita nec restitutio in integrum, *L.* 4. *D. de in integr. restitut.* aut si parentis, patronive persona turpis esset, quasi in eos posset cadere doli suspicio: vel quasi essent tales, quibus nullus honor haberi debeat; puta, infamiae, atque turpitudinis notâ aspersis. Ita Labeo apud Ulpianum dotis actionem patri denegabat, quae communis est illi cum filia, si turpis esset persona patris, *L. si cùm dotem.* 22. §. *necnon. D. solut. matrimon.* Ita etiam filius ille contendebat apud Synesium *epistola* 3. ἀφεῖσθαι τῆς ἀνάγκης μητέρα τρέφειν ἑταίραν. i. e. *absolvi necessitate alendae matris meretricis.* Alii nec causae, nec personarum distinctionem faciebant; non causae, an magna esset, vel modica summa, propter quam in integrum restitutio peteretur; non personarum, quia liberto, & filio semper honesta, & sancta persona patris, ac patroni videri debeat, *L. liberto. D. de obsequ. parentib. & patron.* Sacra sunt nomina patrum, *L.* 1. *C. Theodos. de bon. matern.* Verùm eô solùm casu restitutionem in integrum dandam esse putaverunt, si se liberi, aut liberti propriô errore deceptos, non dolô patris, vel patroni circumscriptos esse dicerent. Cùm alioqui minoribus viginti quinque annis subveniatur, non modò si facultate suâ lapsi fuerint, sed dolô alterius decepti, *L. quidam.* 38. *D. de dol. L. praefecti.* 17. & *L. non omnia.* 44. *D. de minorib.* Cassiodorus *lib.* 4. *variar. ep.* 45. *Decrevit Antiquitas, minores contractus liberos non habere, ut & insidiantium laquei frustrarentur, & lapsis aetas lubrica subveniret.* Vestigium illius sententiae manifestum apud Gajum, *L. patri.* 27. in fin. *D. de minorib. Adversus eos restitutio praestanda est, quorum de dolo agere non permittitur.* Liberi adversùs parentes, & liberti adversùs patronos non possunt de dolo agere, vel excipere, *L. non debet. D. de dol. L. si superstitis. C. eod. L. apud.* §. *adversùs. D. de dol. mal. & met. except.* Sed tamen Gajus liberis restitutionem adversùs eos praestandam existimat: an omnimodo? an verò eô solùm casu, si se propriô errore deceptos esse dicant? quod magis putarem. Id, quod sequitur in d. *L.* 27. *Nisi quaedam personae speciali lege exceptae sunt,* Triboniani manu appositum nemo non videt, propter hanc *Leg. ultim.* ut in *L.* 1. *C. de reb. credit. & jurejurand.* propter *L. ultim. C. eod.* Gajo subscribit Ulpianus in *L.* 3. §. *ergo. D. de minorib.* & putat, filiamfamilias in dote captam, restituendam; dum patri consentit, non statim quàm dedit, dotem sibi reddi stipulanti: sibique soli pater actionem quaesiit, quae communis erat filiae, & patri stipulatione non interpositâ. Ex eâ sententiâ Impp. filio restitutionem concesserunt, qui patri res jam antea sibi donatas in alium transferre volenti consensum accommodaverat, *L.* 2. *C. si adversùs donation.* ibi enim filius adversùs factum patris restituitur, cui facilè consenserat: nec tam ad-

versùs donatarium, quàm adversùs donationem à patre factam restituitur. Justinianus ex illis diversis Jurisconsultorum sententiis nullam probare, sed omnem prorsus restitutionem liberis adversùs parentes, & libertis adversùs patronos denegare voluit; & parentes quidem, patronosque utriusque sexûs. Parentum inaequalis est potestas, pietas tamen aequa illis debetur, *L.* 4. *D. de curatorib. furios. L. ult. C. de in jus vocand.* Sed & in his personis nulla potest esse fraudis suspicio. Justinianus in *L. penult.* sup. *de adoptionibus*: *Ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avitâ & proavitâ affectione haec omnia resecante.* Hodie igitur filius minor sive se propriò errore, sive dolô patris deceptum esse dixerit, petens in integrum restitutionem adversùs patrem non audietur. Sed tamen actionem in factum ei non esse denegandam plerique existimant, d. *L. non debet. D. de dol.* Ea actio in factum datur majoribus 25. annis deceptis, non minoribus; his datur restitutio in integrum, d. *L. quidam.* 38. *D. eodem.* At si omnis restitutio in integrum praecludatur minoribus, nec detur illis actio in factum; deterioris erunt conditionis minores, quàm majores: quia majoribus deceptis per actionem in factum subvenitur, minoribus nullô modô subveniretur per in integrum restitutionem. Ergo licèt illis in integrum restitutio denegetur, habebunt nihilominus actionem verbis in factum temperatam; ne quoddam lucrum parentes, patronive ex improbitate sua consequantur. Nec novum est, actionem de dolo, vel utilem competere, ubi restitutio denegatur, *L. verum.* 11. in princ. *D. de minorib.* Hoc cùm ita Justinianus constituisset, & sententiam eorum rejecisset, qui restitutionem in integrum ex magna causa quandoque dandam admittebant; tamen idem ipse Justinianus deinceps ex causa dandam esse judicavit, *Novell.* 115. ubi & hujusce legis ultimae meminit; videlicet si mater quae tutelam filiorum gesserit, ad secundas transiens nuptias, administrationis acceptilationem à filiis dolosè receperit: idemque est, si pater liberorum tutelam gesserit. Titulus est in legibus Leonis, & Constantini A A. περὶ τοῦ δύνασθαι τοὺς παῖδας κατὰ τῶν ἐπιτροπευόντων γονέων ἀποκαθίστασθαι, i. e. *de facultate, quam habent filii, restitutionis in integrum adversùs parentes curatores*: scilicet, si ad secundas nuptias transeant, *Novell.* 22. & d. *Novell.* 115. Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 12. §. 66. meminit solùm hujusce *legis ultim.* utramque attigit *Eclog. Basilicῶν lib.* 10. *tit.* 4. *&* *tit.* 24. Porrò haec *L. ultim.* inter Decisiones fuit promulgata Kalend. Septemb. eôdem die, quô & quatuor aliae Decisiones.

XLIIII. *Lex ult. C. de usufruct.*

Idem A. Joanni P. P.

E*X libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si ususfructus per servum acquisitus, vel per filiumfamilias, capitis de-*

minutione filii magnâ, vel mediâ, vel morte, vel emancipatione, vel servi quâcumque alienatione, vel morte, vel manumissione possit adhuc remanere. Et ideò sancimus in hujusmodi casibus, neque si servus, vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit; interrumpi patri, vel domino, usumfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum. Neque si pater magnam capitis deminutionem, vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usumfructum perire: sed apud filium remanere, etiam si heres à patre non relinquatur. Usumfructum enim per eum acquisitum apud eum remanere, etiam post patris calamitatem oportet: cùm plerumque verisimile sit, testatorem contemplatione magis filii, quàm patris usumfructum ei reliquisse. Datum xv. Kalend. Novemb. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. ultim. Cod. de usufruct.

1 *Inter Decisiones vindicatur.*
2 *Controversia exponitur.*
3 *Primae opinionis rationes quae-dam colliguntur.*
4 *Secunda opinio, & ratio ipsius.*
5 *Decisionis Justinianaeae ratio.*

(1) NON veremur, hanc inter Decisiones admittere; nec sanè ulla est potior ratio, cur *L. ult. C. de servit. & aqu.* & *L. ult. C. de acquir. & retin. poss.* inter eas admitti debeant, in quibus quaestiones *ex libris Sabinianis* referuntur. Praeterea eadem ferè est quaestio hujus *legis ultim.* quae in *L. 15.* sup. *eod. tit.* ubi verbum Decisionis reperitur: & si controversum fuerat apud veteres, cùm dominus servum ex parte alienaret, an usufructus per eum acquisitus interiret: multo magis quando servus in totum alienaretur, vel manumitteretur; aut quando filiusfamilias emanciparetur. (2) Finge; Titius usumfructum servo, vel filiofamilias legaverat, & per servum, vel filiumfamilias usufructus domino, vel patri acquisitus fuerat; deinde servus per manumissionem potestate domini, & filius per emancipationem potestate patris exierat; quaerebatur, an usufructus per eos domino, patrive acquisitus interiret. (3) Quidam dicebant, usumfructum interire, quòd tam servus in manumissione, quàm filiusfamilias in emancipatione, mutationem paterentur: unde servus post manumissionem *novus videtur homo esse*, *L. 27. D. de adimend. vel transfer. legat. alius homo*, *L. qui res. 98. §. aream. D. de solution.* illiusque rei symbolum fuit vertigo, seu circumactio, quam in manumissionibus servorum, & emancipationibus liberorum faciebant; ut ostendimus *lib. 3. Observationum, cap. 3.* Tum quia in manumissione servi, & emancipatione filii, domini, ac patris persona divisa esse incipit, *L. si Pamphilo. D. de option. vel elect. legat.* Theophilus in §. *an servo. Instit. de legat.* & ita status mutationem patiuntur. (4) Alii dicebant, usumfructum domino, patrive quaesitum penes eos manere; licèt servus manumitteretur, aut filius emanciparetur: quod usufructus, qui servo relinquitur,

quitur; & per eum domino acquiritur, stat potiùs ex persona domini, quàm persona servi. Argumentum est, quòd servus hereditarius non potest ex sua persona usumfructum acquirere, *L. hereditas*. 61. §. 1. *D. de acquirend. rer. dom. L.* 26. *D. de stipulat. servor.* & ut dies ususfructus, qui servo legatus est cedat, expectatur persona domini, *L. si servo. D. quib. mod. usus, vel ususfr. amitt. L. unic.* §. 2. *D. quando dies ususfruct. legat. cedat*. Nec aliâ, credo, ratione Justinianus acquisitum domino, patrive usumfructum interire noluit manumissione, aut quâcumque alienatione servi, aut emancipatione filii; quàm quòd omnia per subjectas alieno juri personas confestim iis acquiruntur, in quorum sunt potestate; nec momentô aliquô subsistunt in persona eorum, per quos acquiruntur, *L. placet, D. de acquir. vel omit. hered.* ergo ususfructus per servum domino, & per filium patri acquisitus, jam non subsistit in persona eorum, per quos quaesitus est: ideò Justianus non personam servi, aut filiifamilias, quae mutaretur, sed potiùs domini, vel patris inspectam esse voluit. Verùm huic rationi obloqui videtur Justinianus ipse in fine hujus *leg. ultim.* Etenim si ususfructus patri per filium quaesitus inhaeret patris personae, non filii; patre moriente, vel status mutationem patiente, ususfructus interire debet. Nec dubito, quin ii, qui usumfructum patri quaesitum, ipsius filii emancipatione, seu capitis minutione interire non putabant; iidem tamen, patris statu mutatô, usumfructum interire dicerent. Et quidem ita suadet ratio, ut quia in persona patris consistit ususfructus per filium quaesitus, patre statum mutante, aut capitis minutionem patiente, intereat. (5) Justinianus contrà nihilominus statuit, habitâ ratione constitutionis suae in *L. cùm oportet. C. de bon. quae liber.* quae duobus antè annis edita fuerat. Finge enim, post dictam constitutionem, usumfructum filiofamilias relictum esse, semper relictus intelligetur contemplatione magis filii, quam patris; quia pater non habet jus, aut dominium ususfructûs, sed tantùm perceptionem fructuum, quae à jure distinguitur, *L.* 66. *D. de jur. dot.* Quòd ergo pater non habuit dominium ususfructûs, sed filius post dictam constitutionem; consequens erat, ut Justinianus statueret, nec morte, nec statûs mutatione patris, usumfructum filiofamilias relictum interire.

XLV. *Lex ultim. Cod. de reb. credit. & jurejurand.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM quis legatum, vel fideicommissum (utpotè sibi relictum) exigeret; & testamentô fortè non apparente pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset: & is religionem suam praestasset, affirmans, sibi legatum, vel fideicommissum derelictum esse: & ex hujusmodi testamentô id, quod petebat, consecutus esset; postea autem manifestum esset factum, nihil

ei penitùs fuisse derelictum: apud Antiquos quaerebatur, utrùm jurejurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset: vel si reverâ ei derelictum fuisset legatum, vel fideicommissum, an daremus licentiam heredi Falcidiam ex hoc retinere. Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum, vel fideicommissum; nullumque ex hujusmodi perjuriô lucrum ei accedere. Sed si verum fuerit inventum, quartae detentionem introduci, (si tamen locum habeat) ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur. Datum xv. Kalend. Novemb. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. ultim. C. de reb. credit. & jurejurand.

1 *Controversia plana.*
2 *Primae opinionis variae rationes colliguntur.*
3 *Vestigia quaedam signantur.*
4 *Secunda opinio, & vestigia.*
5 *Ratio ipsius.*
6 *Decisio ista ad alios casus non porrigenda.*
7 *Alia controversia exponitur.*
8 *Prima opinio.*
9 *Secunda opinio.*
10 *Justiniani Decisio quomodò accipienda.*

(1) TITIUS ab herede petebat centum sibi relicta testamento Maevii: heres cùm testamentum non haberet, Titio legatario jusjurandum detulit: legatarius deferente herede juravit, sibi centum deberi, & post jusjurandum à legatario praestitum sententiâ judicis damnatus heres solvit: prolatis demum testamenti tabulis, heres nihil Titio relictum fuisse comperit. Quaerebatur, an heres posset centum à Titiô repetere: jusjurandum hìc erat necessarium, quod heres Titio id judicio detulerat. (2) Quidam igitur putabant, jurisjurandi religioni standum esse, *L. quòd si. D. de dol.* nec de jurejurando cujusquam queri oportere, *L. adversùs. D. de exceptionib.* sufficere poenam perjurii, quod Deum habet ultorem, *L. nam sufficit. D. de dol. L. 2.* sup. *hoc tit.* perjurium est ex iis, quae ad vindices Deos mittuntur. Lucius Seneca *lib. 3. de benefic. cap. 6. Cùm esset difficilis rei incertae aestimatio, tantùm odio damnavimus, & inter ea reliquimus, quae ad vindices Deos mittuntur.* Dicebant praeterea, jurejurandô transactum fuisse inter heredem, & Titium. (3) Pomponius, d. *L. quòd si. D. de dol.* Gajus *L. admonendi. 31. D. de jurejurand.* Veluti igitur sub praetextu instrumenti pòst reperti transactio inita non rescinditur, *L. sub praetextu. C. de transactionib.* ita nec debere jusjurandum retractari; quod speciem transactionis continet, *L. 2. D. de jurejurand.* Denique solutum ex causa transactionis repeti non posse, *L. in summa. 65. §. 1. D. de condict. indebit.* Sed & quia jusjurandum necessarium in judicio delatum sequitur sententia judicis, *L. jusjurandum. 34. §. ult. D. eod. L. cùm de indebito. §. in omnibus. D. de probationib.* dicebant, solutum ex causa judicati repeti non posse, *L. si fidejussor. 29. §. in omnibus. D. mandat. L. 1.*

C. de

C. de condict. indebit. (4) Alii verò repetitionem heredi concedebant per actionem de dolo, cùm periurjum Titii fuisset adprobatum. Ita Labeo de dolo actionem dabat in specie d. *L. quòd si. D. de dol.* Ita nonnulli adversùs exceptionem jurisjurandi replicationem doli concedebant: quod Julianus diversae scholae non probat, d. *L. adversùs. D. de exceptionib.* Modestinus de perjurio crimen stellionatûs fieri existimat, *L. ultim. D. de stellionat.* de perjurio igitur secundùm istorum sententiam quaeri poterat. Atque ita Africanus posterior adversùs C. Licinium Sacerdotem, quem dicebat conceptis verbis pejerasse, testimonium permittebat, apud Valerium *lib.* 4. *cap.* 1. (5) Ratio istorum fuit, quòd iniquum esset, aliquem ex perjurio suo lucrum sentire, eique extorqueri debeat, *L.* 10. §. *penult D. quae in fraud. creditor.* Quae secunda opinio Justiniano magis placuit, ut heres habeat legati, fideicommissive, quod solverit, repetitionem: eâdemque ratione, ne ullum Titio ex hujusmodi perjuriò lucrum accedat. Interpretes aliam hujus Decisionis rationem afferunt; quòd ut de controversia, quae pendet ex testamento, transigi non potest, nisi cognitis, inspectisque verbis testamenti, *L.* 6. *D. de transactionib.* ita nec jusjurandum deferri, seu jurejurandô transigi potuerit, testamentô non extante. (6) Ceterùm haec Decisio ad alios casus non est porrigenda, neque jusjurandum praetextu perjurii in aliis casibus retractari debet: atque ita Graeci interpretes videntur accepisse, *Ecloga Basilicῶν lib.* 22. *tit.* 5. Attaliates in *Synopsi tit.* 18. Balsamo disertim ad *Nomocanonem Photii, tit.* 13. *cap.* 18. *Necessarium verò in unò, eòque solò casu retractatur, nempe ultimô cap. tit.* 5. *lib.* 22. *Basil.* Et quidem in *L.* 1. sup. *hoc tit.* Tribonianus eum solum casum hujusce legis ultimae videtur excepisse.

Ad vers. Sed si verum.

(7) Si legatarius herede deferente juraverit, centum sibi ex testamento deberi, & prolatô deinde testamentô legatum quidem fuisse relictum constaret; verùm Falcidiae legi locus esset, pluribus aliis legatis eô testamentô relictis: quaerebatur, an ex eo legato, quod legatarius sibi deberi juraverat, posset heres Falcidiam retinere: idque etiam inter juris auctores disceptatum fuisse non dubito. (8) Quidam igitur negabant, heredem posse ex eo legato Falcidiam deducere, quod legatarius sibi deberi juraverat, propter religionem jurisiurandi: non enim jam quaerendum esse, an deberetur, sed an legatarius jurasset sibi debitum esse. (9) Alii quartae retentionem concedebant; puta, si ante solutum legatum prolatô testamentô, legi Falcidiae locum esse constitisset. Siquidem, ubi legi Falcidiae locus erat, ante solutionem legatorum heres quartam retinere potuit, *L.* 14. 15. & *L. acceptis.* 93. *D. ad leg. Falcid.* quod & hîc Justinianus probat. Non enim legatarius juraverat, legi Falcidiae locum non esse, ut optimè Azo in *glossulis optimi codicis* M s. sed tantùm sibi deberi legatum ex testamento juraverat: eôdem igitur jure, quô cetera legata, ex testamento debebatur. An verò etiam repetitionem Justinianus concessit? puta, si cùm jurasset sibi Titius centum ex testamento deberi, & heres legatum solvisset;

visset; deinde post solutionem legati legi Falcidiae locum esse constitisset: (10) Justinianus ait, *Falcidiam retinere*, *quartae detentionem introduci*: quasi solam quartae retentionem heredi concedere voluerit ante solutum legatum; non etiam post solutam repetitionem. Et quidem heredi post solutum legatum datur tantùm condicio, seu repetitio, cùm per errorem facti solverit; puta, si nesciret legi Falcidiae locum esse, *L. 2. D. de condict. indebit. L. error. C. ad leg. Falcid.* hîc autem non potuit esse error facti, cùm heres testamentum haberet; & legi Falcidiae locum esse sciret, antequam legatum solveret. Rectè igitur ait Iustin. *quartae detentionem introduci*, scilicet ante solutum legatum, non post solutum, repetitionem. In *L. si legatarius*, datur heredi de dolo actio, quia legatarius ultrò juraverat; & dolo heredem induxerat, ut integrum legatum solveret: hîc verò heres jusjurandum detulerat. Quòd si heres legatum solverit, antequam testamentum appareret, & postea prolatô testamentô legi Falcidiae locum esse constiterit; minimè dubitamus, eô casu heredem habere repetitionem quartae, quam ex legato deducere poterat, cùm per errórem integrum legatum solverit.

XLVI. *Lex ultim. Cod. de pact. inter emptor. & venditor. composit.*

Imp. Justin. A. Joanni P. P.

Si quis ita paciscatur in venditionis, vel alienationis contractu; ut novo domino nullomodò liceat in loco vendito, vel aliò modò sibi concessô, monumentum extruere; vel aliô modô humano juri eum eximere: sancimus, licèt hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum ex nostra lege esse fovendum; & immutilatum permanere: forsitan enim multum ejus intererat, ne ei vicinus non solùm, quem nollet, aggregaretur, sed etiam pro quo specialiter interdictum est. Cùm etenim venditor, vel alter alienator non aliâ lege jus suum transferre passus est; nisi tali fretus conventione: quomodô ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? * Datum xv. Kal. Novemb. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. ultim. C. de pact. inter emptor. & vendit. composit.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Primae opinionis ratio.*
3 *Vestigium manifestum signatur.*
4 *L. penult. D. de pact. suo loco vindicatur, & exponitur.*
5 *Aliud vestigium deprehenditur.*
6 *Secunda opinio, & ratio ipsius conjecturâ repetitur.*
7 *Justinianaeae Decisionis rationes colliguntur.*

TI-

TITIUS cùm fundum venderet, vel alienaret Maevio, inter alia pactum istud appositum fuerat contractui venditionis; ne posset Maevius in fundo sibi vendito monumentum extruere, vel eum dedicare, vel aliô modô juri humano eximere: dubitabatur, an tale pactum valeret, & si Maevius in fundo sibi vendito monumentum extruere, vel eum dedicare, vel aliô modô juri humano eximere: dubitabatur, an tale pactum valeret, & si Maevius in fundo vendito monumentum fecisset, eumve dedicasset; an Titius adversùs Maevium ex vendito agere posset. (2) Quidam hoc pactum inutiliter appositum existimabant. Ratio illorum fuit, quòd nihil venditoris intersit, postquàm rem suam vendiderit, vel aliter alienaverit; qualiter emptor re suâ utatur, vel mortuum inferendô, vel dedicandô. Et (3) vestigium hujus sententiae manifestum apud Pompon. *lib. 9. ad Sabinum*, in *L. penult. D. de pact. Nemo paciscendô efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo mortuum sepelire, aut ne vicini invitô praedium alienet.* (4) Quae licèt posita sit sub *tit. de pactis*, magis tamen pertinet ad *tit. de contrah. empt.* & jungenda est cum *L. 4. D. eod. tit. de contrah. empt.* ex eodem *lib. 9. Pomponii ad Sabinum*. Pomponius igitur in contrahenda emptione, pactum istud inutiliter appositum existimabat; non si quandoque dominus absque venditione ita pacisceretur, ne sibi locum suum dedicare liceret. (5) Aliud vestigium deprehendi potest apud Paulum *lib. 27. ad edictum*, in *L. quòd si locus. D. de religios. & sumptib. funer.* ubi ait, pactum non sufficere, si locus monumenti hac lege vaenierit, ne in eum inferantur, quos jus esset inferri. Nulla est differentia, sive locus monumenti purus vaenierit, & pactum fuerit appositum, ne in eum quidam mortui inferantur; vel si fundus vaenierit, & pactum fuerit appositum ne in eo monumentum fiat: ait igitur Paulus in d. *L. quòd si locus, pactum non sufficere*, hoc est, non valere, seu inutiliter appositum fuisse, quia nihil interest venditoris, sed stipulatione poenali id caveri oportere: ex qua stipulatione agere potest is, cujus non interest, *L. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verb. oblig.* Quare licèt venditor ex pacto agere non posset, ex stipulatione rectè ageret, si Maevius stipulationem committeret, ut in *L. 7. D. de serv. exportand.* (6) Alii contrà sentiebant, pactum hujusmodi valere: istorum fortè ratio fuerit, quòd in traditionibus rerum quodcumque pactum valeat, *L. in traditionibus. 48. D. de pact.* ubi Gajus interpretabatur caput illud *legis XII. Tabul. Cùm nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit.* Iustinianus posteriorem hanc sententiam probat, (7) eamque his rationibus confirmat: Primùm, quòd si venditor vicinum fundum habeat, illius intersit, ne propè monumentum fiat; ubi frequens turba convenire soleat, lamenta etiam saepe audiantur. Generaliter autem Iustinianus hîc de vicino loquitur: *Forsitan enim multum intererat, ne vicinus, quem nollet, aggregaretur*: quasi non de eo solùm dubitaretur, an pactum istud valeret, ne quis in fundo vendito monumentum extrueret; sed etiam ne fundum venditum vicinô invitô alienaret. Utrumque jungit Pomponius in d. *L. penult. D. de pact.* Sanè multum interest, quem vicinum habeas. Aristoteles *lib. 2. Rhetoric. ad Theodect. cap. 21.* οὐδὲν γείτονας χαλεπώ-

τε-

τερον. i. e. *nihil vicinitate difficilius*. Julianus Caesar in *epistola ad Eustochium*, γείτονα μὲν ἐνεστιν ἐχθρὸν ἔχειν. i. e. *vicinum quidem contingit habere inimicum* Sidonius *lib.* 2. *epist.* 14. *Non magis cordi est, aut voluptati, ager cum reditibus amplis; quàm vicinus aequalis cum bonis moribus*. Propterea si quis in vendendo confinem celaverit, quem si emptor audiisset, empturus non fuisset; tenetur venditor *L. quod saepe.* §. *ultim. D. de contrah. empt.* Aliâ adhuc ratione Justinianus utitur, quòd licet venditor vicinum fundum non habeat, tamen id pactum servari debeat: quia sub hac conditione minoris vendiderit, ut in *L.* 6. *D. de serv. exportand.* vel ut hîc loquitur Justinian. *non aliâ lege jus suum in alium transferre voluerit.* Plinius simile ferè pactum retulit *lib.* 36. *cap.* 5. *Agoracritus ea lege signum suum vendidisse traditur, ne Athenis esset*. Restituta est subscriptio ex *Mss. codicibus*.

XLVII. *Lex ultim. C. de acquirend. & retinend. poss.*

Imp. Justinianus A. Joanni P. P.

EX libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscumque rei dereliquerit; vel alii prodiderit, desidiâ fortè, vel dolô, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere; nihil penitùs domino praejudicii generetur: ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Sed & ipse si liberae conditionis est, competentibus actionibus subjugetur: omni jacturâ ab eo restituendâ domino rei, vel ei, circa quem negligenter, vel dolosè versatus est. Sin autem necdum sub manibus procuratoris, vel coloni, vel inquilini, vel servi, possessio facta est; sed ipse eam accipere desidiâ, vel dolo supersedit: tunc & ipse, qui eum transmisit, ex mala sua electione praejudicium circa eam possessionem patiatur; ex memoratarum personarum vel machinatione, vel negligentia accedens. Hoc etenim tantùm sancimus, ut dominus nullomodò aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit; non ut etiam lucrum sibi per eos aliquod acquirat. Cùm & antiqua regula juris, quae definivit deteriorem conditionem per servum domino nullomodò fieri, tunc locum habeat cùm dominus de damno periclitetur, non cùm sibi lucrum per servum acquiri desiderat. Salvâ videlicet in hoc casu domino rei, vel ei, qui ad eam detinendam praefatas transmiserit personas, adversùs eas omni actione (si qua ex legibus ei competit) servatâ.

Ad

Ad L. ultim. C. de acquirend. & retinend. poss.

IN PLURIMIS juris auctores circa possessionem dissentiebant; an pupillus inciperet possidere absque tutoris auctoritate, *L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amit. possess.* vel sine tutoris auctoritate naturalem possessionem amitteret, *L. pupillus. D. de acquir. rer. dom.* & *L. possessionem. 49. D. de acquir. vel amit. possess.* Sabinus possessionem penes duos esse posse admittebat: *eum, qui precario dederit, & ipsum possidere; & eum, qui precario acceperit, L. 3. §. ex contrario. D. eod.* Quam Sabini sententiam retulit Pomponius *lib. 29. ad Sabinum, L. & habet. 15. D. de precario.* Ex eorum sententia creditor, qui rem pignori accepit, possidet naturaliter; Gajus in *L. quaecumque. 13. D. de publiciam. in rem action.* Ulpianus ex sententia *Juliani*, ut videtur, *L. 3. §. ultim. D. ad exhibend.* & Julianus ipse *L. per servum. 37. D. de acquir. rer. domin.* debitor verò possidet civiliter; quia licèt creditor pignori incumbat, debitor nihilominus usucapit. Javolenus ex *Sabinianis*, *L. servi. 16. D. de usurpat. & usucap.* Julianus *L. non solùm. 33. D. eod.* Paulus *ex Juliano*, *L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amit. possess.* Secundùm eos quoque colonus, depositarius, commodatarius possident, *L. 2. §. quod vulgo. D. pro herede, L. 7. §. neque. D. commun. dividund.* & fructuarius, *L. naturaliter,* & *L. possessio. D. de acquir. vel amit. possess.* Contrà Labeo princeps alterius scholae negat, posse duos simul possidere, d. *L. 3. §. ex contrario. D. eod. &* Celsus *L. si ut certo. §. si duobus. D. commodat.* Pegasus ex eadem schola, non existimat, depositarium, commodatarium, aut colonum possidere, *L. officium. D. de rei vindicat.* sibique in colono adversatur Ulpianus d. *L. 7. §. neque. D. comm. dividund.* & *L. 1. §. 9. & 10. D. de vi, & vi armat.* & Julianus in *L. non solùm. 35. §. 1. D. de usurpat. & usucap.* & in *L. 2. §. quod vulgo. D. pro hered.* (2) In quaestione hujus Decisionis (quam ex *libris Sabinianis* refert Justinianus) Sabinus putabat, interpellari domini possessionem, si colonus deferendae possessionis causâ fundò exiisset. (3) Argumentum hujus sententiae à contrario manifestum est in *L. si colonus. 31. D. de acquir. vel amit. possess.* ex *lib. 32.* Pomponii *ad Sabinum.* Ex eadem schola Africanus ait, non interpellari domini possessionem, si colonus decesserit; sed aliud existimandum, si sponte possessione discesserit, *L. si de eo. 40. D. eod.* Quod si istius scholae auctores putarent, interpellari domini possessionem, si colonus, vel alius discessisset, possessionemve de-

seruisset: multo magis si colonus possessionem alii tradidisset. Ita Julianus putat, debitorem desinere possidere, si creditor possessionem alii tradiderit: idemque esse, si commodata, vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui depositum, vel commodatum accepit, d. *L. non solùm.* 33. §. *qui pignori. D. de usurpat. & usucap.* (4) Ratio Sabinianorum haec fuit; ideò interrumpi possessionem domini, si colonus, vel servus, aut alius, qui nomine alienò possideret, eam desereret, vel alii proderet: quia putabant, naturalem possessionem penes eos translatam esse, penes creditorem, d. *L.* 3. §. *ultim. D. ad exhibend.* penes colonum, d. *L.* 7. §. *neque. D. commun. dividund.* penes depositarium, & commodatarium, d. *L.* 2. §. *quod vulgo. D. pro herede*: penes servum, *L. stipulatio.* 38. §. 7. *D. de verb. oblig.* Propterea iidem Sabiniani dabant actionem furti creditori, depositario, commodatario, colono: quam alii negabant, ut observavimus in *L. ult.* sup. *de furt.* (5) Proculus contra existimabat, dominum non amittere possessionem, si servus, procurator, colonus, vel qui alienò nomine possidet, possessione decessisset, *L. cùm quis.* 31. *D. de dol.* & ex eâ sententiâ rescripserant Impp. *L. ult. si alien. res pig. dat. L. ult. C. Theodosian. de pignorib.* quae pugnat cum d. *L. non solùm.* §. *qui pignori. D. de usurpat. & usucap.* (6) Ratio istorum fuit, quòd non putarent, eos possidere, ut Sabiniani, sed esse in possessione, Pegasus d. *L. officium. D. de rei vindicat.* vel alienae possessioni praestare ministerium, Celsus *L. quod meo. D. de acq. vel amit. possess.* vel tenere magis, quàm possidere, *L. Celsus.* §. *Julianus. D. ad exhibend. L.* 1. §. *quod ait. D. quod legator. L. possessio.* §. 1. *D. de acq. vel amit. possess.* d. *L. stipulatio.* §. 6. & 7. *D. de verb. oblig. L. penes.* 63. *D. de verb. sign.* Inter Sabinianos, & Proculejanos, (7) Paulus mediae sententiae fuisse videtur *lib.* 54. *ad edictum*, *L.* 3. §. 9. & 10. *D. de acq. vel amit. possess.* ut saepe in *L.* 12. §. 3. & 4. *D. ad exhibend.* & aliâs saepe: quod observavimus *lib.* 1 *observationum cap.* 6. 7. Sabinus putabat, interpellari domini possessionem, si colonus, vel servus possessionem deseruisset, d. *L. si colonus. D. de acq. vel amittend. poss.* Proculus non amitti, d. *L. cùm quis. D. de dol.* Paulus sic medius fuit, ut putaret dominum *non amittere possessionem, si servus, vel colonus discesserint, decesserintve; sed tantùm si possessionem alii tradiderint.* (8) Ita legendum in *d. L.* 3. *Et si alii tradiderint, amitto possessionem*, non ut in Florent. *Et si alii tradiderim*: quam lectionem vindicamus *lib.* 1. *observat. cap.* 7. Eandem Papiniani sententiam licet deprehendere in *L. peregre.* §. *ultim. D. de acq. vel amitt. possess.* non amitti possessionem, si colonus discederet; sed si colono tradente, alius invaderet. Justinianus hìc Pauli distinctionem non sequitur, sed sententiam Proculejanorum adversùs Sabinianos probat: ut sive servus, sive procurator, sive alius possessionem dereliquerit, vel alii prodiderit, nihil penitùs domino praejudicii generetur. Quod cùm ita Justinianus decidisset, (9) mirum est tamen, aperta illarum dissensionum vestigia in Pandectis adhuc superesse: nam nec Proculus cum Pomponio convenit, d. *L. cùm quis. D. de dol.* & d. *L. si colonus. D. de acq. vel amit. possess.* nec Paulus cum Africano, d. *L.* 3. §. 8. & d. *L. si de eo. D. de acquirend. vel amittend. possess.* (10) Et hoc quidem solùm Justinianus de acquisita possessione intelli-

telligi voluit, non etiam de acquirenda. Si servus, vel alius ad possidendum missus, possessionem apprehendere neglexerit, non est quaesita domino possessio: potest servus possessionem non acquirere, sed acquisitam non potest amittere. Siquidem faciliùs possessio retinetur, quàm acquiritur; non nisi animô, & corpore acquiritur, *L.* 8. *D. eod. L. fere. D. de regul. jur.* sed animô solò retinetur, d. *L.* 3. §. 11. & 12. *C. de acq. vel amitt. possess. L.* 4. sup. *hoc tit.* Quamvis autem servus deteriorem domini conditionem facere non possit, *L. melior.* 137. *D. de regul. jur.* sic eam regulam Justinianus interpretatur; ubi dominus damnum vitare, non etiam lucrum captare velit. Nec est deterior domini conditio, quando per servum nihil domino quaesitum est, *L. bona fide.* 27. §. 1. *D. ad Senatusconsult. Vellejan.* In eo, quod jam quaesitum est, fieri non potest deterior, *L.* 3. *C. de pact.* Justinianus regulas illas juris antiqui suô sensu ita saepe interpretari amat, ut in *L. ultim. C. per quas person. nob. acq. L.* 21. *C. de furt. L. ultim. C. de hered. instituend.* Quid igitur si colonus, procurator, servus ad possidendum missi, possessionem apprehendere neglexerint? domino adversus eas personas erit salva actio, adversùs procuratorem mandati, colonum ex locato; adversùs servum nulla ex legibus competit; nec enim magis cum his quos in potestate habemus, quàm nobiscum agere possumus *L. ne cum.* 16. *D. de furt.* quod etiam Justinianus excepit.

XLVIII. *Lex ultim. C. de servitut. & aq.*

Idem A. Joanni P. P.

CUM talis quaestio in libris Sabinianis verteretur; quidam enim pactus erat cum vicino suo, ut liceret ei vel per se, vel per suos homines per agrum vicini transitum facere, iterque habere unô tantummodo die per quinquennium; quatenus ei licentia esset in suam sylvam inde transire, & arbores excidere, vel facere quicquid necessarium ei visum fuisset: & quaereretur quando hujusmodi servitus non utendo amitteretur, & quidam putarent, si in primo, vel secundo quinquennio per eam viam itum non esset; eandem servitutem penitus tolli: quasi per biennium ea non utendo deperdita, singulo die quinquennii pro anno numerando. Aliis autem aliam sententiam eligentibus, nobis placuit ita causam dirimere: *ut quia jam per legem latam à nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant; sed per decem, vel viginti annorum curricula: & in proposita specie, si per quatuor quinquennia, nec uno die, vel ipse, vel homines ejus eadem servitute usi sunt; tunc eam penitus amittat viginti annorum desidiâ. Qui enim in tam longo, prolixoque spatio suum jus minimè consecutus est, serâ poenitentiâ ad pristinam servitutem reverti desiderat.* 1. §. *Cùm autem apertissimi juris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit,*

suam naturam, & utilitatem ostendere: aliquis vicinum suum vetabat, ita aedificium extollere juxta aream suam, ut ventus excluderetur; & paleae ex hujusmodi obstaculis secerni à frugibus non possent: quasi vetitò ventò suam vim per omnem locum inferre, ex hujusmodi aedificatione: cùm secundum situm regionis, & auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque nemini licere sic aedificare, vel aliò modò versari, ut idoneum ventum, & sufficientem ad praefatum opus infringat; & inutilem domino aream, & fructuum inutilitatem faciat. Datum 11. Kalend. Novemb. Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

Ad L. ultim. Cod. de servit. & aq.

1 *Controversia plana.*
2 *Pauli locus in sententiis exponitur.*
3 *Prima opinio à Justiniano relata.*
4 *Secunda conjectura repetitur.*
5 *Alia controversia indicatur.*
6 *Primae opinionis ratio.*
7 *Secunda opinio.*
8 *Ratio ipsius.*

TITIUS cùm sylvam haberet, ut eam quintò quòque annò caederet, vel aliquid aliud in ea faceret; pactus erat cum vicino Maevio, ut per agrum illius transire, atque iter facere liceret unò die per quinquennium: idque pactus erat vel in contractu venditionis, aut permutationis, vel pactò stipulatione subdita, *L. cùm essent.* 33. *D. de servitutib. praed. rustic.* Servitus constituta erat per intervalla quinquennii; ita enim constitui possunt per intervalla temporum, *L. arbor.* 19. *§. ult. D. comm. dividund.* horarum, dierum, *L.* 4. *&* 5. *D. de servitut.* mensium, *L.* 7. *D. quemadmod. servitut. amittant.* ut quis interdiu, non noctu eat, *L. iter, D. commun. praedior.* ut alius habeat nocturnam, alius diurnam aquam, *L. si prius.* 17. *D. de aq. & aq. pluv. arcend.* alius quotidianam, alius aestivam, *L. cùm constet. D. de aq. quotid. & aestiv.* vel per intervalla longiora, *L. Quintus. D. de servitutib. praedior. rusticor.* Quod quidem non ad temporis causam pertinet, quasi ex tempore, vel ad tempus servitutes constituantur; sed ad modum utendi, d. *L.* 4. *D. de servitutib.* Inter veteres quaerebatur quomodo servitutes hujusmodi per intervalla mensium, annorumque constitutae, non utendo amitterentur. Olim bienniò continuò amittebantur servitutes sive rerum, sive personarum, quae usucapi non poterant. Paulus *lib.* 1. *sententiar. tit.* 17. (2) Non ait Paulus, ea usucapi non possunt, quae non utendo amittuntur: sed ait, ea non utendo amittuntur, quae usucapi non possunt; sicque interpungi debuit. *Viam, iter, actum, aquaeductum, qui bienniò usus non est, amisisse videtur, nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.* Ut ratio sit, ideo non utendo amitti, quia non possunt usucapi: non verò ista, ideò non posse usucapi, quia non utendo amittuntur. At continuò non lice-

licebat uti ſervitute, quando per intervalla temporum fuerat conſtituta. (3) Quidam igitur putabant, ſervitutem, de qua hîc agitur, per decennium amitti non utendo; duobus diebus utriuſque quinquennii, pro biennio computandis; ut hîc Juſtinianus. Alii aliam ſententiam eligebant, quam nobis divinandam reliquit; (4) ſed haec, opinor, fuit; ut ſi Titius ſervitute per quinquennium uſus non fuiſſet, ipsô quinquenniô amitteretur. Juſtinianus tempus decennii, quod ipſe conſtituerat ad amittendam ſervitutem, *L. penult.* ſup. *hoc tit.* in ſpecie hujus Deciſionis duplicari voluit, ut vicenniô ſolùm amittatur: quod & in aliis ſervitutibus per intervalla menſium, vel annorum conſtitutis obtinet; ut duplicato tempore, hoc eſt, vicenniô, tam inter praeſentes, quàm inter abſentes amittantur, d. *L.* 7. *D. quemadmod. ſervitut. amittant.*

Ad §. *Cùm autem.*

Titius habebat aream, & juxta illam Maevius vicinus aedificium ſuum altiùs extollebat: Titius ita extollere vetabat, ut ventus excluderetur, & area fieret inutilis: Quaerebatur, an Titius Maevium prohibere poſſet, cùm aedificium Maevii non deberet areae ſervitutem. (5) Juſtinianus non refert, id quaeſitum fuiſſe apud veteres Juriſconſultos; ſed tamen ex iiſdem libris Sabinianis relatum fuiſſe videtur, ex quibus & ſuperiorem quaeſtionem retulit. (6) Quidam exiſtimabant non poſſe prohibere; quòd nemo prohibeatur aedificium ſuum altiùs tollere, ſi ſervitutem altiùs tollendi non debeat, *L.* 8. *&* 9. ſup. *hoc tit.* licèt vicini aedes obſcurentur, *L.* 9. *&* 10. *D. de ſervitutib. praedior. urban.* & videtur damnum facere ſecundùm Proculi ſententiam, *L. Proculus.* 26. *D. de damn. infect.* Et quemadmodum in area, quae nulli debet ſervitutem, licet aedificium ponere juxta inſulam, *L. Impp.* 14. *D. de ſervitutib. praedior. urban.* ita & aedificium quod nulli debet ſervitutem, licet altiùs tollere juxta aream. (7) Alii contra ſentiebant, Titium poſſe prohibere Maevium; quia ſic ventum aedificiô altiùs ſublatô excluderet, & ita inutilem aream faceret. Area eſt locus ubi fructus conculcantur vel equis, vel bobus, vel fuſtibus tunduntur. Columella *lib.* 2. *de re ruſtic. cap.* 21. *L. Mela.* §. *ult. D. de aliment. & cib. legat.* Tempus meſſium, & arearum jungit Scaevola, *L. à filio.* 15. §. 1. *D. eod. tit. de aliment. & cib.* quia ſe conſequuntur. Sed tamen aliud eſt tempus meſſium, aliud arearum. D. Auguſtinus *de agone Chriſtian. cap.* 12. *Tempus meſſis, & tempus arearum, & tempus horreorum cautè, diligenterque diſtinguit.* (8) Ratio iſtorum fuit, quòd hactenus in ſuo aliquid facere licet, ut nihil vicino officiat, *L. ultim.* §. *ult. D. de ſervitutib. praedior. urban. L. ſicut.* §. *Ariſto. D. ſi ſervit. vindicet.* Quòd ſi altiùs non licet tollere aedificium, ut prorſus vicini aedes obſcurentur, d. *L.* 10. in fin. *D. de ſervitutib. praedior. urban.* ita nec juxta aream ſublatô aedificiô ventum excludere; ut prorſus ſit inutilis, nec in ea fruges à paleis ſecerni poſſint. Columella d. *cap.* 21. *At ubi paleis immiſta ſunt frumenta*

menta, vento separentur. Et postea: *Itaque in area detrita frumenta sie sunt aggerenda, ut omni flatu possint excerni*. Justinianus posteriorem hanc sententiam favore messium probare maluit.

XLIX. *Lex ultim. C. de conditionib. insert.*

Idem A. Joanni P.P.

CUM quidam testamentô conditô, libertatem servo suo dereliquit sub conditione; si suo heredi certum numerum solidorum praestaret, vel aliam quamdam speciem, vel vicarium servum: ille autem servus non in eodem loco constitutus, ubi etiam heres fuerat, berili testamentô cognitâ, properabat ad heredem cum ipso, quod jussus erat dare heredi: sed in medio latronum, vel hostium incursione, vel alio fortuito casu, peremptum est, quod portabat. Quaerebatur inter Antiquos si praepediretur libertas, quia hoc dare servus non potest, propter memoratum fortuitum casum. Itaque veterum dubietate quiescente nobis placuit, ut & libertas omnimodò competat, & commodum, quod heredi, vel extraneo relinquitur, non abstrahatur. Ex quacumque igitur causa impediatur, sive per heredem, sive per eum, cui dare aliquid jussus est, sive per fortuitos casus, in libertatem quidem ipse omnimodò perveniat (nisi ipse servus noluerit adimplere conditionem) obnoxius tamen constituatur post libertatem heredi, vel ei, cui dare aliquid jussus est (nisi & ipse oblatas pecunias non susceperit, quod enim semel repudiatum ab eo est, redintegrari minimè concedimus) quatenus hoc, quod dare jussus est, omnimodò implere compellatur: vel in ipso mancipio praestando, si extat; vel in aestimatione ejus, non amplius quàm in quindecim solidos computanda: vel in alia re, si & ipsa appareat; vel si non existat, vera ejus aestimatione praestandâ. Datum pridie Kalend. Maii Constant. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC. annô secundô.

Ad L. ultim. Cod. de condit. insert.

1 *Quaestio Decisionis*.
2 *Proculejanorum sententia conjecturâ repetitur*.
3 *Controversiae quaedam similes indicantur*.
4 *Sabinianorum sententia, & ratio*.
5 *Variae aestimationes servorum*.

DOMINUS servo libertatem testamentô reliquerat, si heredi, aut extraneo, decem, puta, solidos daret, vel aliam speciem, vel servum vicarium, quem habebat in peculio. Conditione dandi servis impositâ, sub

ſub quâ libertatem accipiant, permittitur etiam contra domini voluntatem de peculio, quaſi de proprio patrimonio alienare, *L.* 3. §. *ultim. D. de condict. cauſ. dat. L. ſi decem. D. de ſtatulib.* Cùm igitur ſervus ſub hac conditione liber eſſe juſſus eſſet, ſi heredi decem, vel quid aliud daret; & ſervus ad heredem alibi agentem properaret conditionis implendae causâ, res, quam ferebat, in medio itinere perierat. Quaerebatur, an ſervo libertas competeret, quaſi conditionem impleviſſet; vel non competeret, quaſi conditione defectus eſſet. (1) Quidam dicebant, ſervum conditione defectum eſſe: quamvis enim conditio quandoque pro impleta habeatur, licèt re vera impleta non fuerit; ſi per eum ſteterit, cujus intereſt conditionem non impleri, *L.* 24. *D. de condit. & demonſtrat. L.* 161. *D. de regul. jur.* (ubi negatio retinenda eſt) hîc per heredem, aut alium non ſteterat, quominus conditio impleretur; ſed per caſum fortuitum. Non temere autem dici poteſt (2) Proculejanos ita ſenſiſſe, ſervo libertatem non competere, quaſi conditione defectus eſſet: Sabinianos contra, quia conditio pro impleta haberi deberet, cùm per eum non ſtetiſſet. (3) Veſtigium enim hujus controverſiae in ſimili ferè ſpecie deprehendi poteſt, *L.* 6. *D. de condit. & demonſtrat.* Si quis ſub conditione heredem inſtituiſſet, ſi certos ſervos manumiſiſſet, & quidam ex his mortui eſſent; Neratius ex Proculejanis putabat, defici eum conditione, licèt alios ſuperſtites paratus eſſet manumittere. Contra Sabinus, & Caſſius, quaſi impoſſibiles eas conditiones eſſe. Ita ſi tibi legatum relictum eſſet, ſi ſervum manumitteres; ut mors ſervi impediſſet manumiſſionem, putat Pomponius, nihilominus tibi deberi legatum: quia per te non ſtetit, quominus perveniat ad libertatem, *lib.* 8. *ad Sabinum, L. turpia.* 54. §. 2. *D. de legat.* 1. Sed tamen Julianus ab ijs deſcivit; ſi enim fuerit heres inſtitutus ſub illa conditione, ſi Stichum manumiſerit; & Stichus poſt mortem teſtatoris occiſus ſit, putat Julianus, conditionem defeciſſe, apud Ulpianum *L. inde.* §. *Julianus. D. ad leg. Aquil.* Sed & haec ſpecies propiùs ad quaeſtionem hujus Deciſionis accedit, in quâ diſſentiebat: *Si Stichus Attiae mille nummos dederit, liber eſto:* Attia vivô teſtatore deceſſit: non poſſe Stichum liberum eſſe Labeo, & Ofilius reſponderunt: contrà Trebatius, ſi ante teſtamentum factum Attia deceſſiſſet, idem ſi poſtea, Stichum liberum futurum. (4) Aliter tamen Javolenus ex Sabinianis exiſtimat, ſervum ex teſtamento liberum eſſe, *lib.* 4. *ex poſterioribus Labeonis, L. Stichum.* 39. §. *penult. D. de ſtatulib.* Idem Javolenus *lib.* 6. *ex Caſſio, L. ſi hereditas.* 18. *D. eod.* Jure quidem ſtrictô ita manumiſſus liber eſſe non poteſt, quoniam conditione deficitur; ſed favor libertatis eò rem perduxit, ut reſpondeatur, expletam conditionem, ſi per eum, cui data eſſet, non ſtaret quominus expleretur. Marcianus in *L. libertate.* 55. *D. de manumiſſ. teſtament. Huc jam decurſum eſt,* (poſt varias ſcilicet contentiones Auctorum) *ut ſi per ſtatuliberum non ſtet, quo minus conditioni pareat, quamvis ne per heredem quidem ſtet, tamen ad libertatem perveniat.* Iuſtinianus neutram ſententiam, ſed mediam viam ſequitur, ut & ſervo libertas competat; & commodum, quod heredi, vel extraneo relinquitur, non abſtrahatur. Quocumque ergo caſu conditio impedita

pedita fuerit, sive per heredem steterit, sive per eum in cujus persona implenda erat, sive per casum fortuitum; vult Iustinianus ut servus quidem liber sit, sed & heres, vel alius habeat rem in conditione positam, vel ipsius rei justam aestimationem. Et si quidem vicarius erat à servo dandus, (5) vult 15. solidis aestimari, non viginti, ut in *L. 1. C. de commun. serv. manumiss.* & *L. 3. C. commun. de legat.* quia minoris pretii est vicarius: nec ut optimus, sed ut mediocris pretii aestimatur, & in *L. si quis argentum. 35. C. de donationib.* Ita mancipium, ut à Iudaeis redimatur, 12. solidis tantùm aestimatur in *Concilio Matiscensi*, *cap.* 16. quod relatum est in *Can. praesenti. 54. distinction.* At si per heredem steterit conditionem non impleri; puta, quia oblatam à servo pecuniam, vel aliam rem in conditione positam suscipere noluerit; vult quidem Iustinianus servum esse liberum, nec tamen eo casu rem heredi dare, aut ipsius aestimationem; nec quod ab herede semel repudiatum est, postea redintegrari, quia impleta semel fuit conditio, *L. 5. §. Idemque. D. quand. dies legat. aut fideicommiss. ced.* ubi autem extitit, postea non redintegratur; *L. quidam* in princ. *D. de fideicommiss. libertatib.*

L. *Lex ultim. C. de remission. pignor.*

Imp. Justin. A. Joanni P. P.

SOLITA providentiâ utimur, etiam de pignoribus, vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae, postea à debitoribus venduntur, vel aliò modò transferuntur: creditore suum consensum contractui praebente, & quôdam legitimô postea modô res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversae sententiae à legum prudentibus habitae sunt; quibusdam dicentibus, jus pignoris renovari propter verbum futurarum rerum, *quod in generalibus hypothecis poni solitum est; aliis penitùs extingui. Nobis autem visum est eum, qui semel consensit alienationi hypothecae; & hoc modô suum jus respuit; indignum esse eamdem rem, utpote ab initio ei suppositam vindicare, vel tenentem inquietare.* Datum xv. Kalend. Novemb. post Consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC. annô secundô.

Ad L. ultim. C. de remission. pignor.

1 *Controversia exponitur.*
2 *Prima opinio, & ratio ipsius.*
3 *Vestigium quoddam ostenditur.*
4 *Et argumento colligitur.*
5 *Secunda opinio.*
6 *Hypotheca ipsô jure tollitur, nec se-*

separanda ab aliis contractibus.
7 *Interpretatio L. si tibi. §. de pignore. D. de pact.*
8 *Ratio secundae opinionis.*
9 *Dies subscriptionis restitutus.*

TITIUS debitor generali obligatione omnia bona sua tam praesentia (1), quàm futura hypothecae suppofuerat; deinde permissu creditoris, eo consentiente, aut non contradicente fundum Titianum vendiderat. Cùm fundus ille Titianus permissu creditoris venditus in dominium, & bona Titii debitoris rediisset; diversae prudentum sententiae fuerant (ut hîc Justinianus retulit) an jus pignoris creditori renovaretur, vel extinctum esset. (2) Quidam dicebant, renovari ea ratione, quam & Justinianus subjicit: quòd generali obligatione non solùm praesentia, sed etiam futura bona debitoris contineantur; quae debitor habet, habiturusve est, *L.* 6. *L.* 15. §. *quod dicitur*, *L. penult.* §. *ultim. D. de pignorib. & hypothec.* idque in generalibus hypothecis poni solitum erat, *L. ultim. C. quae res pignor.* Ita igitur obligatione generali praesentium, & futurarum rerum constitutâ, videtur pignus in fundo Titiano renovari; quamvis jus pignoris antea sublatum esset. (3) Vestigium fortè hujus sententiae deprehendi potest in *L.* 8. §. *supervacuum est*. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Debitor fundum specialiter obligatum permissu creditoris vendidit, & postea fundus in dominium debitoris rediit: si creditor jus pignoris in fundum persequatur; excipere poterit debitor, quòd fundus permissu creditoris venierit: sed ait Martianus, creditorem, si soluta sibi non sit pecunia, replicationem doli mali posse objicere; ut ita jus pignoris salvum habeat. (4) Quod si id fundô specialiter obligatô admittebat, multo magis ubi obligatio rerum praesentium, & futurarum constituta esset. (5) Alii dicebant, jus pignoris in fundo Titiano penitus extinctum esse; quod semel creditor remisisset. Pignus expressè, vel tacitè remittitur; expressè, cùm creditor reddit pignus debitori, *L.* 3. *D. de pact.* *L.* 8. in princip. *D. ad Senatusconsult. Vellejan.* *L.* 9. sup. *hoc tit.* vel si conveniat inter creditorem, & debitorem, ne res debitoris sit obligata pignori, *L.* 9. §. 3. *D. de pignorat. action.* Et tunc (6) hypotheca ipso jure tollitur, *L. major. C. de pignorib.* Nec enim separanda est à ceteris contractibus, qui consensu contrahuntur, & mutuò dissensu quoque ipsô jure dissolvuntur, quod alibi observamus. Neque obstat *L. si tibi.* §. *de pignore*. *D. de pact.* ubi per exceptionem tolli dicitur, quasi ipso jure non tollatur: (7) ibi enim non convenerat, ne res esset pignori obligata, ut in *d. L.* 9. *de pig. act.* sed tantùm ne creditor pignus peteret: quare non ipsô jure, sed exceptione pacti tollitur. Tacitè pignus remittitur, si creditor consenserit alienationi pignoris, *L.* 7. *D quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* vel si sciens pignus alienari, non contradixerit, *L.* 1. 2. 6. 8. sup. *hoc tit.* aut cùm permittit alii obligari, *L. creditor.* 12. §. *si tecum. D. qui potior. in pignor.* *L. Paulus. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Quòd igitur creditor fundum Titianum sibi pignoratum alienari permisisset, jus pignoris remisisse contendebant: & illud quidem non ipsô jure, sed ope exceptionis sublatum esse. Nam extincta obligatio instaurari non posset,

L. 83. §. *sacrae. D. de verb. obligat. L. qui res.* 98. §. *aream. D. de solut. & liberat. L.* 9. sup. *hoc tit.* (8) Quamvis autem obligatione generali res debitoris futurae continerentur, & ita jus pignoris in fundo remanere videatur; tamen per specialem remissionem generali obligationi creditor derogaverat, *L. si peculium. D. de pecul. legat. L.* 80. *D. de regul. jur.* Justinianus postremam hanc sententiam probare maluit, ut & si fundus permissu creditoris alienatus in bona debitoris revertatur, jus pignoris tamen non renovetur. (9) Dies subscriptionis ex Mss. restitutus.

FINIS EXPOSITIONUM IN QVINQVAGINTA DECISIONES JUSTINIANI.

EMUNDI
MERILLII
TRICASSINI J. C.
A CONSILIIS REGIS,

Anteceſſoris in Academia Metropolis
Biturigum Primicerii,

EX CUJACIO LIBRI TRES,

Quorum argumenta ſequens pagina indicabit.



NEAPOLI, A. 1720. Operis Typographicis Felicis Moſcæ.

SUMTU BERNARDINI GESSARI.

CENSORUM FACULTATE, ET PRIVILEGIO.

PRIMUS continet *Variantes Interpretationes ex Libris Digestorum.*

SECUNDUS, *Variantes Interpretationes ex Libris Codicis.*

TERTIUS, *Defensas Lectiones Florentinas.*

ADIECTAE SUNT EJUSDEM AUCTORIS

Variantes quaedam interpretationes, ex Libris Institutionum Imperialium, & ex Theophilo paraphraste.

ILLUSTRISSIMO,
& ampliſſimo Viro
PETRO SEGUIERIO
FRANCIAE CANCELLARIO.

EMUNDUS MERILLIUS J. C.
S.

UNUS ex deceſſoribus tuis Michaël Hoſpitalius vir perquàm magnae dignationis, juris, aliarumque diſciplinarum ſciens, Academiam Bituricenſem inviſiſſe, & hanc docendi rationem praeiviſſe memoratur, ut posthabitis gloſſarum enarrationibus, ſolos juris auctores attingeret; quam Duarenus, Cujacius, & alii deinceps tenuerunt; unde ſtudiorum ſeges plurima extitit. Quanta enim erat ubertas ſoli Italici, cum triumphales viri ſtivam regerent, & agricolationem ipſi facerent: tanta fuit Academici, cum ſummates viri ipſius colendi curam ſuſceperunt. Et quidem non

alios

alios magis cura ista respicit, quàm νομοφύλακας, ut leges tueantur; utque Antecessorum diligentiam excitent, quibus maximè rebus excitari potest. Nunc verò privata auditoria ubique instituta, tempus studiorum inobservatum, Codicilli Licentiatûs (pudibundum est dicere) promercales habiti, infrequentiores scholas juris publicas faciunt: tandemque futurum est, ut subductis auditoribus, quantavis diligentia Antecessorum oblanguescat. Utque civitates, quae solô commodô jus Academiae sibi concessum aestimant, stipendia huic rei decreta in alios usus quaerant transferre; cum ab istis nihil sibi commodi videant accessurum. At tuae potestatis est (togatae militiae Princeps amplissime) malum istud utilitati publicae noxium, & in dies proserpens abscindere: certô aliquô tempore studiis juris praestitutô, & gravioris poenae sanctione adhibitâ adversùs eos, qui constitutiones Regias commiserint. Fors etiam ferat, ut Eminentissimus Cardinalis rebus in pacato, & tranquillo positis; cum inter alias pacis curas Theologiam suam pulchrè adornaverit, germanam ipsius Jurisprudentiam, non adeo squallidam, incultamve esse patiatur. Vale Avarici Biturigum. Idibus Decemb. Annô Dom. M.DC.XXXVII.

IN-

INDEX CAPITUM,

QUAE SUNT IN LIBRIS

EX CUJACIO.

CAPITA LIBRI PRIMI.

Cap.

CAPITA LIBRI SECUNDI

EX CUJACIO.

CAPITA LIBRI TERTII

EX CUJACIO.

Cap.

CAPITA ADJECTARUM

VARIANTIUM CUJACII

Ex libris Institut. Imperial. &c.

EMUN-

EMUNDI
MERILLII J. C.
DISSERTATIO
IN LIBROS TRES
EX CUJACIO
AD LECTOREM.

CAPITA DISSERTATIONIS
In Libros tres ex Cujacio.

EMUN-

EMUNDI MERILLII J.C. DISSERTATIO IN LIBROS TRES EX CUJACIO

AD LECTOREM.

De operis hujusce instituto.

CAPUT PRIMUM.

QUAM veniam sibi deprecatur Gregorius Nyssenus in praefatione ad Canticum canticorum, quòd de eâdem re post Origenem scriberet; eandem mihi veniam deprecari volo, quòd de eâdem re post Cujacium, & ex ipso Cujacio scripserim. Erat magna Origenis auctoritas in Theologicis, ut satis esset cuique ad tuendam opinionem suam, Origenem auctorem protulisse: Nec minor apud nos Cujacii in Nomicis, ut post Cujacium nihil juris scientiae adjici posse, nec quidquam aliud à Cujacio dicendum videatur. Verum ut Gregorius Nyssenus profitetur, non esse compositum sermonem suum ad ostentationem: ἐμοὶ δὲ οὐ πρὸς ἐπίδειξιν ἐστὶ συντεταγμένος ὁ λόγος: i. e. *mihi autem non ad ostentationem est compositus sermo*. Id ipsum quoque profiteri volo, ad

ad ostentationem non scripsisse, sed ut eorum operam, quibus Cujacii doctrina cordi est, aliquâ ex parte sublevarem: cum variantes ipsius interpretationes occurrerent. Mihi juris civilis studium ineunti occurrerant, & saepe ancipitem habuerant; & cum plures deprehendissem, tandem obfirmatô concertationibus, disputationibus, & repetitis praelectionibus judiciô, placuit variantes istas interpretationes expendere; & potiorem, uti exploratoriâ judicii ratione videretur, eligere. Ita tamen, ut nullis praejudicium imponatur, quominùs & aliam eligant. Utramlibet sumpserint, auctorem habebunt Cujacium. Id saltem à nobis compendii fecerint, quòd variantes interpretationes indicaverimus, quae fortè illos fefellissent: & non leves ad hanc, vel illam interpretationem firmandam, rationes attulerimus. Neque fortè succenseant attulisse; perinde enim est, ac si quis locorum gnarus peregrinantem in aliquo viarum divergio dubium, & cunctantem moneret, hac, vel illac potiùs iri oportere. Et me post quadraginta quinque annorum cum discendô, tum docendô juge studium comiter magis, quàm audenter fecisse putaverint.

Cur inscripti sint libri ex Cujacio.

CAPUT II.

Quo exemplo juris Auctores ex aliis scripserunt, *Javolenus Priscus ex Cassio*, *Salvius Julianus ex Minicio Natali*, ejusdem suae scholae Auctoribus: non ut eos reprehenderent, quorum ipsi doctrinam sectabantur; sed ut supplerent, illustrarent, & aliquid de suo adjicerent: Eo exemplo libros istos inscripsi *ex Cujacio*, non ut reprehenderem. Quaenam enim ista esset vesania, hominis opiniosissimi post tot annos functi famam constantem velle aliquâ reprehensione deteri, aut ex ea propriam augescere! Non adeo mens nobis laeva est: à puero Cujacium magnâ semper veneratione sum prosecutus: siquidem patrem mihi habuisse contigit Cujacii studiosum, qui cum VV. CC. Petro, & Francisco Pithoeis, popularibus suis, in Bituricensem Academiam studiorum gratiâ profectionem susceperat; & cum noti illi essent Cujacio, per eos Cujacium facilè adiverat: perque annos plures (ut ferebant tempora) sub eo profecerat. Contigit quoque, ab eodem genitore nostro, silentibus tùm Galliarum Academiis propter partes, quae exarserant, & bella civilia excitarant, me prima Juris civilis elementa accepisse: quae dum traderet, Cujacium praeceptorem suum perhonorificis (ut par est) elogiis memorabat; tantamque ipsius mihi venerationem indiderat, quantam pater filio indere potuit: hècque potissimum incentivô ad juris studium hortabatur, cujus non mediocrem cognitionem fuerat assecutus. Atque ita effecit, ut Cujacii scripta tererem jam à prima pubertate; utque Antecessor renunciatus eum mihi prae ceteris interpretibus juris imitandum sum-

sumpserim : & ex aliâ Academiâ migraverim , eique cathedrae insidere maluerim , in quâ pleraque doctrinae suae monumenta tradidisset . Inscripti autem sunt *libri ex Cujacio* , *non ad Cujacium* : quamquam juris Auctores nullam differentiam videntur constituisse, sive ex aliis, sive ad alios scriberent. Quos enim Javolenus libros *ex Plautio* inscripserat, iidem etiam *ad Plautium* inscripti reperiuntur . Veruntamen qui ad alios scripserunt, videntur quendam animum reprehensionis habuisse ; ut cùm Servius Sulpitius Q. Mucium Scaevolam notavit. *L. Mucius.* 30. *D. pro socio. L.* 3. §. 6. *D. de penu legat.* Gellius *lib.* 4. *cap.* 1. ut cùm Ulpius Marcellus notas scripsit ad libros Digestorum Salvii Juliani, tentans quâcumque ratione cavillari ; ut Cujacius ostendit *lib.* 14. *Observat. cap.* 35. ut cùm Ulpianus , & Paulus notas ad Papinianum scripserunt ; quas ideò fortè Impp. Theodos. & Valent. sustulerant. *L. unic. C. Theodos. de respons. prudent.* Igitur nos potiùs *ex Cujacio* , quàm *ad Cujacium* , libros inscribere voluimus ; atque ita omnem reprehensionis suspicionem amoliri. Cujacii honori ducendum est, quòd eum veluti aliquem ex primis auctoribus juris sumpserimus ; ex quo scriberemus , & cui operam daremus . Strabo *lib.* 1. *Geographiae* , οὐ γὰρ πρόκειται πρὸς ἅπαντας ἀντιλέγειν , ἀλλὰ τοὺς μὲν πολλοὺς ἐᾶν , οἷς μηδὲ ἀκολουθεῖν ἄξιον . ἐκείνους δὲ διαιτᾶν , οὓς ἐν τοῖς πλείστοις κατορθωκότας ἴσμεν. ἐπεὶ οὐδὲ πρὸς ἅπαντας φιλοσοφεῖν ἄξιον . *Neque enim propositum est adversùs omnes dicere , sed plerosque missos facere , quos sequi non decet : illos verò judicare , quos in plerisque cum laude egisse novimus quandoquidem non in omnes sapientiae studio certare dignum est .* Atque ut reprehendendi animô libros istos ex Cujacio non instituimus , ita nec animô captandae gloriae . Id faciant juvenculi , quibus aut laeva , aut levis mens est : aetate sumus jam ingravescenté , quae juveniles istas jactantias respuit, quaeque jam de operibus post mortem , non opusculis in vita cogitat , ut monebat per litteras non ita pridem ex Sidonio Apollinari R. P. Nicolaus Caussinus : *post mortem pensitanda esse opera non opuscula* . Cujus scriptoris elegantissimi meminisse perplacet, quia nos & patria, & cognatio, & amicitia, idemque scribendi studium , & tempora conjunxerint.

De iis, qui Cujacium notarunt.

CAPUT III.

CUM professi fuerimus , istos libros *ex Cujacio* animô reprehendendi non inscripsisse, satis, opinor, invidiae litatum est ; cujus morsus felicioris cujusvis ingenii fructum solet appetere, ut bruchus gemmas arborum laetiùs se explicantes depascitur. At non defuerunt , qui Cujacium dum viveret, & postquàm vivis excessit , notandô acriter insectati sunt. Unus è foro Joannes Bodinus, qui Tolosae studiorum causâ agens, à partibus Stephani Forcatuli steterat , earumque partium dux fuerat ; & tam

efficaciter, ut repulso à cathedra Cujacio praelatus fuerit Forcatulus. Nec destitit posteà Bodinus Cujacium scriptis lacessere: quod quàm contumeliosè fecerit, posterior aetas videt. Ita olim Caestius declamator ajebat, M. Tullium *litteras nesciisse*, apud M. Senecam *in suasoriis*. Ita Rhemmius Palaemo Grammaticus M. Varronem *porcum* appellabat, apud Suetonium *lib. de Illustribus Grammaticis cap.* 23. Plures è schola habuit Cujacius aemulos, & obtrectatores; Biturigis Franciscum Duarenum, Aureliae Ioannem Robertum, in Germania Franciscum Hotomanum, & Hugonem Donellum, cùm Academiâ Biturigum excellissent: qui Cujacii famam increbrescentem, prae invidiâ ferre non poterant: οὐδὲ κορυδαλλὶς ἄνευ λόφου, οὐδὲ Ὀριβάσιος ἄνευ φθόνου: *Non est alauda sine crista, non est Oribasius sine invidia*, ait Eunapius in *Oribasio*, ex paroemia. Sed & vivô Cujaciô studiosi quidam, qui sub eo profecerant, scriptis praeceptoris sui adversati sunt, ut Henricus à Suerin, Antonius Faber, Marcardus Frekerus, & alii, de quibus queritur *lib.* 16. *Observationum cap.* 29. *Sunt huic* (Ioannem Robertum Aurelianensem intelligit, sese enim invicem de vicinitate Academiarum collidebant,) *similes hodie multi catelli mei, quibus singulis reponam in tempore quod debeo. Toti ii sunt dies totos in legendis nostris, nec ex alio jecore sapiunt, & quod mordeant, investigant: ubique traversâ mente, nihil tamen quod imitantur, benè*. Plures etiam post excessum Cujacii extiterunt, qui scripta illius vellicarunt, & scribendô, & docendô: alii inscienter, alii improbè. Inscienter, cùm aliquam interpretationem notarent, quam alio in loco aliter traditam fuisse nesciebant: improbè, cùm id scirent, sed dissimularent; & aliquam existimationis accessionem futuram sibi crederent, si Cujacium reprehenderent. Nos autem adversùs istos potissimùm variantes ipsius interpretationes protulimus, ut posteà ostendemus.

Cur variantes Cujacii interpretationes fuerint observatae.

CAPUT IV.

CUJACIUS non modò ceteros juris interpretes (si quid mei est judicii) superavit, sed etiam ipsos primos juris auctores aequavit, ne dicam etiam superavit. Etenim facile erat juris auctoribus jus scire, in quo versabantur; cùm haberent conceptiones formularum, ordinem judiciorum, cùmque haberent integros JCtorum antecessorum suorum libros. At desitô usu juris, & immutatis moribus, & truncatis libris; magnam vim ingenii illius esse oportuit, qui ista omnia carie vetustatis obsita, in apertum reducere potuit. Eum scientiam JCtorum omnium habere oportuit, qui mentem omnium est assecutus. De Cujacio igitur dicere soleo, quod Plautinus Epidicus *Act.* 3. *Scen.* 4. *v.* 85.

Me minoris facio prae illo, qui omnium ...

... Le-

.... Legum, atque jurium fictor, conditor cluet.

Quod Manilius de Servio Sulpicio *lib.* 4. Aſtronom. cũr,

Qui leges potiùs poſuit, quàm jura retexit.

Sed dicerem praetereà quod Aeſchylus poëta apud Athenaeum, *lib.* 8. *Deipnoſophiſt.* ſuas tragoedias eſſe fruſta τῶν Ὁμήρου μεγάλων δείπνων, *ex magnis Homeri coenis*, Quod Alexander ſophiſta, cùm Athenis Herodem Atticum dicentem audiiſſet apud Philoſtratum *lib.* 2. *de vit. Sophiſt.* τεμάχια σοῦ ἐσμὲν οἱ σοφισταὶ πάντες: *Fruſta & fragmenta tui ſumus, quotquot ſophiſtae omnes ſumus.* Quod Gregorius Nazianz. de Baſilio, *Orat.* 20. ἀρκεῖ γάρ εἷς ἀντὶ πάντων τοῖς σπουδαιοτέροις εἰς παίδευσιν. *Sufficit unus omnium locò ſtudioſis ad eruditionem.* Ait praetereà, eum eruditiſſimum haberi, qui Baſilii libros intelligat, quique eos poſſit exponere, & auditoribus ſuis intelligendos dare. De Cujacio iſta omnia, ſed qui tamen homo, & à quo alienum non fuit, ut variaret, varianteſque interpretationes relinqueret. Quas in operibus Cujacii obſervari oportuit, ne ſi quis in illam, iſtamve interpretationem incidiſſet, eam ſine delectu propter auctoritatem ſcribentis ſequeretur. Ecquis ex politicis, ſeu civilibus, & in foro agentibus viris tantum habet otii, ut cùm aliquam Cujacii ſententiam nactus fuerit, de alia inquirenda cogitet? Eam, quam primùm invenerit, amplectetur. Nec ſi quid contra dixeris, ab eâ ſe abduci facilè patietur; quia probatum auctorem habeat: niſi aliam ejuſdem auctoris ſententiam adduxeris, ut jam non tibi, ſed auctori ſuo fidem habeat. Ita ſaepè

Pravò favore labi mortales ſolent.

Id ingenioſè oſtendit Ruſticus adverſùs ſcurram digrunniens apud Phaedrum *lib.* 5. *Fabul.* 86. Non omnes autem Cujacii variantes interpretationes obſervavimus: Poſſunt & aliae occurrere, quae noſtram fugerunt, & acriorem aliorum expectant diligentiam. Id tamen ſciant, non ſubitariâ operâ, ſed frequenti meditatione, nec à quolibet, ſed ab homine in terendis juris auctoribus, & ſcriptis Cujacii exercitatò, explorari poſſe. Eas igitur explorandas relinquimus, ut non indiligens paterfamilias vinitor botros ad racemationem reliquerit.

Non tantùm variantes apud Cujacium interpretationes quaerendas, ſed & multa alia in libris juris quaerenda ſupereſſe.

C A P U T V.

Vulgò jactatum ſcio, juris libros Cujacii expoſitionibus adeò exculto eſſe, ut fruſtra in ſcholis hodie Anteceſsores adeantur; fruſtràque ſuos auditores habeant, qui nihil aliud à Cujacio proferant. Id etiam quibuſdam Anteceſsoribus perſuaſum ſcio, ut non ſint contemptui, ſi

nihil à propriâ industriâ prodeat. Quod turpe est inertiae velamentum. Neque enim effoeta est natura, eive fibula imposita, ut JCtum non pariat: & sub signo librae, si Manilio credimus *lib.* 4. *Astronomicῶν*, rarenter fortè nascitur, sed crebriùs quàm Phoenix, quingentesimo quoque seculo. Ex antiquis juris Auctoribus Servius Sulpicius praestiterat: cum quo M. Tullius dixit, neminem eorum, quotquot anteà fuerant, quotve suâ aetate erant, esse comparandum. Posteà successit Antistius Labeo, qui sese in omnes disciplinas penetraverat, ut de eo Gallius. Non multò post fuit Salvius Julianus, qui Edictum perpetuum composuit. Post Julianum fuit Aemilius Papinianus, sublimissimi vir ingonii, quique aliis omnibus praestitisse existimatur. Haud igitur verum est, post Cujacium, nihil ad juris scientiam excolendam adiici posse. Ille quidem ingenii praestantiâ, acri diligentiâ, & longâ exercitatione, efficere potuit, ut primus esset interpretum: sed non potuit efficere ut solus esset. Potuit alios anteire, sed non potuit obstare, ne alii sequerentur. Ut in mechanicis artibus semper aliquid inveniendum. Athenaeus περὶ μηχανημάτων. Οὐ γὰρ μόνον δεῖ τὰ καλῶς εὑρεθέντα ὑφ' ἑτέρων εἰδέναι, ἀλλὰ ἐπεί ἐστιν εὐκινησία περὶ τὴν ψυχὴν, καὶ αὐτόν τι εὑρίσκειν δεῖ. *Non solùm ea, quae ab aliis pulchrè inventa, scire oportet; sed est quaedam vis animae, & ipsum praeclarum invenire oportet.* Ita in scientiis Philo Judaeus in *lib. de vita Mos.* πολλὰ γὰρ αἱ μεγάλαι φύσεις καινοτομοῦσι τῶν εἰς ἐπιστήμην. *Multa magnae naturae inveniunt circa scientias.* Plutarchus *lib.* 6. *Symposiac. qu.* 8. τὰ τῶν πρεσβυτέρων ἐπιχειρήματα τοὺς μὲν ἀργοὺς, καὶ ἀφυεῖς οἷον ἀναπαύει, καὶ ἀναπίμπλησι, τοῖς δὲ φιλοτίμοις, καὶ φιλολόγοις ἀρχὴν ἐνδίδωσιν οἰκείαν, καὶ τόλμαν ἐπὶ τὸ ζητεῖν, καὶ ἀνιχνεύειν τὴν ἀλήθειαν. *Antiquiorum argumenta, seu rationes, ignavos quidem, & ineptos veluti continent, & replent; sed studiosis, & litterarum amatoribus principium dant commodum, & fiduciam ad quaerendam, & investigandam veritatem.* Usus fuerat Cujacius libris suô tempore editis, à quibus lucem libris juris mutuatus est: post excessum ipsius plures prodierunt, & quotidie prodeunt, quibus in eamdem rem uti possumus.

An Cujacius consultò variantes interpretationes, sententiasve reliquerit.

CAPUT VI.

POTUIT Cujacius consultò variantes sententias relinquere ad ingenii ostentationem, ut ostenderet se posse hanc, vel illam tueri sententiam. Quomodò & primi auctores jus tractare amaverant. M. Tullius pro Muraena: *Sin quod oportet responderis, idem respondisse videare, quod Servius: sin aliter, etiam jus controversum nosse, & tractare videare.* M.

Fabius de ICtis *lib.* 12. *Institut. orat. cap.* 2. *Non magnoperè commovebitur, si quis ab eo consultus dissentiet ; cùm ipsis illis diversas inter se opiniones tueri concessum sit* . Et propterea JCti non semper dogmatis suae sectae institerunt, ut ostendimus *lib.* 1. *observat. cap.* 4. & *lib.* 5. *observat. cap.* 38. Eô igitur animô Cujacius diversas interpretationes relinquere potuit, ut eam, quam probaret, quisque eligeret. Ars illa variè de quaque re disserendi ab Homero tradita:

- - - Ἐπέων πολλὸς νόμος ἔνθα, καὶ ἔνθα.

- - - *Verborum multa lex hinc, & inde.*

Sed Cujacius ab ea arte alienus fuit, quae certam doctrinam profitetur. Una est veritas, nec contrariae de ea sententiae simul verae sunt. Gregorius Nyssenus, *Orat.* 1. *contra Eunomium* : τὸ παρὰ τὴν ἀλήθειαν λεγόμενον, ψεῦδος ἐστὶ πάντως, καὶ οὐκ ἀληθές. *Quod praeter veritatem dicitur, mendacium est prorsus, & non veritas* . Potuit etiam Cujacius aliô animô varias interpretationes consultò relinquere, cùm unam priùs tradidisset, & alia magis placuisset: vel cùm reprehensus esset, ut profitetur *lib.* 2. *observat. cap. ult. Si quis tamen alius ratione meliori coarguat, facilè me vinci patiar: nec enim, quod plerique faciunt, sic traditiones meas quasi τεμένων ἱερὰ* i.e. templorum sacra, *observari velim.* & *lib.* 9. *observat. cap.* 5. *Non muto, quae de eâ quaestione ad eum Pauli locum adnotavi. Mutaturus, & erroris veniam petiturus libenter, & prolixè, si ab alterâ parte veritas (cujus studiosissimus sum) stare videatur*. At aegrè id fecisse deprehenditur ex *lib.* 15. *observat. cap.* 19. & *lib.* 16. *observat. cap.* 32. & *lib.* 19. *observat. cap.* 27.

An per oblivionem seu incogitantiam, quaedam Cujacio variationes exciderint.

CAPUT VII.

NON ita memoriosum Cujacium fuisse, nec ingenium ita in numerato habuisse, compertum est: ut qui ex periculo suas expositiones in scholis recitabat, dissertationes, & disputationes refugiebat, in quibus praesenti ingenio opus est. At pervicaci labore, multâque operâ mentem ICtorum exsculpebat. Illi igitur in multijugâ scriptione excidere potuit, ut varias interpretationes traderet. Non iidem semper sumus, & per tempora mutamur, nec idem semper sentimus. Basilius in *Psalm.* 59. *scriptum iis, qui mutabuntur*, ait elegantissimè, eum ad omnes homines pertinere, qui corpore secundùm aetatis varietatem mutantur, mente, ac proposito secundùm rerum contingentium varietatem. τὸ μὲν σῶμα κατὰ τὰς τῶν ἡλικιῶν μεταβολὰς ἀλλοιούμενοι, τὴν διάνοιαν πρὸς τὰς ποικιλίας τῶν συμπτωμάτων μεταποιούμενοι. i.e. *Corpus quidem secundùm aetatum vicissitudines mutantes, men-*

mentem verò ad casuum varietatem accommodantes. Diversis aetatibus scripsit Cujacius, primâ adolescentiâ, aetate virili, & ingravescente; quibus aetatibus par sibi semper esse non potuit. Non eôdem semper impetu, eâdemque vi mentis agimus. Marc. Fabius *lib.* 10. *Institut. Orator. cap.* 1. *Neque id statim legenti persuasum sit, omnia quae magni auctores dixerint, utique esse perfecta: nam & labuntur aliquando, & oneri cedunt, & indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum: cùm Ciceroni dormitare interim Demosthenes, Horatio verò etiam Homerus ipse videatur. Summi enim sunt, homines tamen. Acciditque iis, qui quicquid apud illos repererunt, dicendi legem putant, ut deteriora imitentur, (id enim est facilius) ac se abundè similes putent, si vitia magnorum consequantur.* Ita Cujacio contingere potuit per oblivionem, ut alias interpretationes traderet, cùm alias traditas parum meminisset. Quod Chrysippo Stoico saepè contigisse observat Plutarch. in *lib.* περὶ Στωϊκ. ἐναντιωμ. & Diogenes Laërtius in Chrysippo. Didymo Grammatico. Athenaeus lib. 4. δειπνοσοφ. Qui tam multa scripserat, (tria millia librorum, & quingentos) ut suorum librorum esset immemor: qui & ideò βιβλιολάθας, i. e. *immemor librorum* dicebatur. Eunapius in Porphyrio ait, eum multa in libris suis pugnantia reliquisse, nec se aliam rationem afferre posse, quàm quòd progressu aetatis sententiam mutaverit. Et quidem de Cujacio idem sentiendum est; ut plerisque in locis ipse indicavit. Lucius Seneca *lib.* 4. *de benefic. cap.* 38. *Non est levitas à cognito, & damnato errore discedere, & ingenuè fatendum est, aliud putavi, deceptus sum: haec verò superbae stultitiae perseverantia est, quod semel dixi, qualecumque est, fixum, ratumque sit.* Ita Cujacius monet alios juris interpretes *lib.* 2. *observat. cap.* 37. *Utinam qui hoc tempore jusnostrum interpretantur, Papinianum imitati, quae vel falsò, vel ineptè aliquando & senserint, & scripserint, ingenuè retractent; nec in eis, contrà quàm postea resciverint, tam obstinatè, tamque obfirmatô animô (uti faciunt) perseverent.*

Variationes Cujacii quaedam tacitae, quaedam expressae.

CAPUT VIII.

UBI Cujacius retractat, quod scripserat, sunt variationes expressae, ut *lib.* 3. *observ. cap.* 1. Ubi Petri Pithoei judiciô acquiescit, cum antea Harmenopuli interpretationem probasset in *L. ex conducto.* §. *item cùm quidam. D. locat.* Sed & sententiam Pithoei adhuc probavit *lib.* 8. *observat. cap.* 31. & in *recitat. ad tit. C. de locat. & conduct.* & ad *lib.* 11. *C. tit.* 24. *de frument. urb. Constant.* Quod scripserat *lib.* 3. *Observat. cap.* 5. retractat *lib.* 6. *cap.* 16. *ad L. si uxor. D. ad leg. Jul. de adulter.* Quod eod. *lib.* 3. *observat. cap.* 15. retractat *lib.* 13. *observat. cap.* 35. *ad L. Lu-*

cius

cius. *D. de actionib. empt.* Quod *lib.* 5. *observat. cap.* 28. retractat *lib.* 19. *observat. cap.* 27. *ad L. solutum.* §. *si in sortem*. *D. de pign. act.* & eodem *lib.* 5. *observat. cap.* 38. quòd aliàs scripserat ad *L.* 4. §. *pro operis*. *D. de nautic. foenor. lib.* 6. *observat. cap.* 37. retractat, quod scripserat in notis ad *lib. sing. regul. Ulp. tit.* 19. in verb. *ereptitia*. Quod scripserat eodem *lib.* 6. *observat. cap.* 11. *ad L. transigere. C. de transactionib.* retractat *lib.* 19. *observat. cap.* 39. *In tit. de heredib. instituend. ad L. qui non militabat*. 78. probaverat sententiam Alciati *lib.* 2. *Paradox. cap.* 4. & Duareni *lib.* 2. *disputat. cap.* 10. *ad L. in quartam.* 91. *D. ad leg. Falcid.* quam rejicit *lib.* 8. *observat. cap.* 4. Negationem sustulerat, *lib.* 13. *observat. cap.* 39. *ex L.* 1. *C. de heredib. tutor. & curat.* quam postea retinet *lib.* 21. *observat. cap.* 2. Quod scripserat in *not. priorib. Instit. ad tit. de societate*, in V. *quod non captaverit*, retractat *lib.* 16. *observat. cap.* 11. circa captatoriam institutionem. Quod scripserat eod. *lib.* 16. *observat.* & ad *Novell.* 97. in fine, dolum abesse debere à contractu venditionis, non fraudem, retractat *lib.* 23. *observat. cap.* 32. Quod scripserat *lib. singul. de praescript. & termin.* Theodosium seniorem esse auctorem *L.* 3. *C. de praescript. trigint. vel quadrag. annor.* retractat *lib.* 18. *observat. cap.* 26. Retractatio quaedam est ad *L.* 7. *C. ad leg. Jul. de adulter. lib.* 20. *observat. cap.* 16. & in *L. si insulam.* 84. *D. de verb. oblig.* Sed & in posterioribus operibus quaedam retractavit, quae in prioribus scripserat: veluti quod scripserat ad *tit. de pact. in L. si unus.* 27. unum ex correis stipulandi novare posse, retractat *lib.* 3. *Pauli ad edictum in d. L. si unus*. *Non excidit mihi hujus scopuli vitandi causâ, quod aliàs scripsi obiter in hunc locum: sed non sustineo esse conscius, nisi dissimulandi: & ingenuè confiteor, Paulum hoc loco planè negare, ab uno ex argentariis, vel reis stipulandi, novari veterem obligationem posse*. Retractatio quaedam est in *recitationib. ad tit. de justit. & jur.* in *L.* 1. §. *hujus studii*. *D. de justit. & jur. in quo errant plerique, erravi etiam ipse aliquando*. At quod magis mirere, id, quod dixerat in recitationibus suis, aliquando retractabat; ut ad *lib.* 17. *Quaest. Papin. in L. Maevius.* 66. §. *in fundo. D. de legat.* 2. *Hesterna explicatio non satisfacit vobis, nec certè mihi; & intempestiva hora mihi fuit impedimento in cogitando, & dicendo*. & ad *lib.* 22. *Quaest. Papin. in L. si testamento.* 49. §. *ult. D. de fidejussorib. & mandatorib. Est quod emendem aliquid eorum, quae dixi ad §. ult. L.* 49. (*sic legendum*) *de fidejussorib.* & posteà: *Ego nolui hoc dissimulare, & miror, quòd nemo hoc animadverterit, & reprehenderit*. Retractationes istae sunt expressae variationes: at quaedam sunt tacitae, ut quas indicavimus *lib.* 1. & 2. *ex Cujacio*: ubi paucae sunt retractationes, sed variae interpretationes, quas aut consultò, aut per oblivionem reliquit. Et quidem illae consultò relictae, retractationes dici possunt, sive expressim, sive dissimulanter, à priore sententia recedere voluerit; at per oblivionem, seu incogitantiam relictae, sunt potiùs variationes, quàm retractationes.

Non-

Nonnullas variantes interpretationes reliquisse Cujacium, quòd novas Latinorum, & Graecorum interpretationes, emendationesque referre voluerit, cùm alias ante protulisset.

CAPUT IX.

USUS fuerat Cujacius primùm Glossis Accursii, & quibusdam Latinis interpretibus; quibus posteà abstinuit, cùm poeniteret, eorum commentariis legendis tempus malè insumpsisse, ut scribit *lib.* 24. *observat. cap.* 35. Posteriori tamen aetate adhuc etiam quibusdam Latinis interpretibus usus est, veluti Odofredô, Albericô, Fulgosiô; quibus & se familiariùs uti non semel professus. Atque ita quidem fieri potuit, ut cùm in alios interpretes incidisset, alias sententias nactus fuerit, easque magis probare voluerit. Verùm cùm Graeci interpretes prodiissent, Theophilus, Harmenopulus, synopsis Basilicῶν; & Basilica ipsa reperisset, & scholia Graecorum interpretum: eorum novitate perculsus à traditionibus Latinorum recessit, & novas Graecorum protulit sententias; & ita effectum, ut nonnullas variantes interpretationes reliquerit, dum Graecis adversùs Latinos favere voluit, & saepè injustiùs. Quod quivis facilè deprehendat ex libris duobus Variantium interpretationum: *Lib.* 1. *cap.* 8. ubi Stephani sententiam probavit, pacta incontinenti apposita contractibus stricti juris non inesse ex parte actoris, ex *L. rogasti.* 11. §. *si tibi decem*, *D. de reb. credit. Cap.* 9. in specie *L. quod procurator.* 68. *D. de procuratorib.* quam Graeci intelligunt de procuratore, qui ex re domini sibi non domino stipulatur. *Cap.* 10. circa interpretationem *L. in privatis.* 77. *D. de judiciis*, quam Graeci accipiunt, tam de magistratu, quàm judice dato. *Cap.* 11. in specie *L. cum mater* 28. *D. de inofficios. testament.* quam Stephanus ad querelam inofficiosi non putavit pertinere. *Cap.* 18. in distinctione jurisjurandi voluntarii, necessarii, & judicialis: quod Graeci aliter à Latinis distinxerunt. *Cap.* 19. in specie *L. ult. D. de condiction. caus. dat.* in quâ Graeci permutationem esse existimarunt, non emptionem. *Cap.* 29. circa interpretationem *titul. de praescriptis verbis*, quem C. Harmenopulus intelligit verbis conventis, & praestitutis, ut putat Cujacius, eamque interpretationem sequitur. *Cap.* 34. ubi probat Cujacius concubinatum esse conjunctionem legitimam, secundùm Graecos interpretes. *Cap.* 40. circa interpretationem. *L. legata.* 41. *D. de conditionib. & demonstrat. Cap.* 45. ubi probavit C. Harmenopuli interpretationem in *L. si aedes.* 32. §. *libertas. D. de servitutib. praedior. urbanor. Cap.* 47. ubi detraxit negationem, secundùm auctores Basilicῶν, in *L. in judicati.* 61. *D. de re judicat. Cap.* 50. ubi probat lectionem Basilicῶν in *L. Graecè.* 8. §. *illud. D. de fidejussorib. & mandatorib.* fidejussorem in majorem quantitatem obligatum nullomodò obligari. *Lib.* 2. *cap.* 5. ubi probavit, Novellam

Iam Romani senioris, ut beneficium *L.* 2. *C. de rescind. vendit.* pertineat solùm ad venditorem, non emptorem. *Lib.* 3. *defensar. lection. cap.* 5. 6. 15. 23. 33. 43. ubi probat lectionem Graecorum adversùs Florentinam. Sed & in quibusdam aliis locis observavimus, Cujacium enixè favere voluisse Graecorum interpretationi; *lib.* 8. *observat. cap.* 19. *ad L. Princeps.* 31. *D. de legib.* quam secundùm Graecos ita accipit, ut Princeps solutus sit, non omnibus legibus, sed poenariis. *Lib.* 15. *observ. cap.* 30. attigerat Latinorum rationes veras, in *recitationib. C. ad tit. de testam. & quemadmod. testam. ordinent.* at Graecorum interpretationem novam magis probare voluit, ut & in *recitationib. C. ad tit. de collationib.* Et quidem Graecos interpretes saepè vim locutionis Romanae non fuisse assecutos, maximè in libris juris, constat ex *cap.* 19. & *cap.* 29. & *cap.* 40. *lib.* 1. *Variant. interpretat.* Idque aliàs ostendimus *lib.* 6. *observat. cap.* 24. & deprehendi potest ex *glossis Nomicis*, quae aberrant saepè à vero sensu Latini sermonis: & ita Gregorio Thaumaturgo verba legum Romanarum praeclara quidem, sed difficilia, perplexaque videbantur; ut ipse profitetur in *oratione panegyrica ad Origenem* praeceptorem suum.

Vera ratio ostenditur, cur Cujacius plures alias variantes interpretationes reliquerit.

CAPUT X.

NON est humani ingenii, ut rerum omnium, aut etiam alicujus scientiae perfectam cognitionem assequatur. Et quomodò res extrarias, divinas, humanasve quisque cognosceret? cùm nostram ipsam naturam ignoremus, & multa, quae in nobis ipsis, quaeque ante nos sunt posita, cognitionem nostram fugiant: ut elegantissimè disserit Basilius *lib.* 3. adversùs Eunomium, Oecumenius in *Epistol. Pauli ad Colossenses, cap.* 6. & in haec verba, *in quo sunt omnes thesauri sapientiae, ac scientiae reconditi*, observat, id Paulum expressim dixisse, ut ostenderet, solum Deum omnia scire, & nullum hominum quidquam scire: *ἵνα μήτις ὑμᾶς ἀπατᾷ ἐν πιθανολογίᾳ ὡς εἰδώς τι. οὐδεὶς ἀνθρώπων οἶδεν, φησί, τοῦ Θεοῦ γάρ ἐστι τὸ πάντα εἰδέναι*. *Ne quis vos decipiat in probabilitate sermonis, quasi aliquid sciens; nullus hominum novit, inquit, aliquid. Dei enim est omnia scire*. In scientiarum cognitione, quaedam strictura luminis à Patre luminum nobis affulgere potest; sed quod est multâ caligine circumfusum. Idem Oecumenius in *Epist.* 2. *ad Corinthios, cap.* 5. & in haec verba, *ne illucesceret illis*: *Καλῶς δὲ τὸ αὐγάσαι κεῖται. ἀμυδρὰν γὰρ ἀπόρροιαν τῆς ἀληθινῆς γνώσεως δεχόμεθα νῦν, καὶ ὥσπερ ἀπὸ ἡλίου παμφαοῦς αὐγὴν ἀμυδράν*. *Bene illucescere ponitur, obscurum enim defluxum verae cognitionis habemus nunc; & veluti à sole lucidissimo splendorem obscurum*. Idem Oecumenius in *Epistolam ad Thessalonicenses, cap.* 2. observat, D. Paulum, & Prophetas veteres quaedam

etiam ignorasse, rationemque inter alias istam affert: Deum ita voluisse, ut se homines esse cognoscerent, neve supra humanam naturam efferrentur. Quid igitur mirum, si nos homunciones in scientiis multa nesciamus, licèt totam mentis aciem in earum contemplationem defigamus? Mihi quidem jam aetatis tempus longissimum in juris studio, aut discendô, aut docendô, consumpsisse contigit: discendô, à primâ pubertate, cùm vix quartum decimum annum excessissem: docendo, ab adolescentia, cùm vicesimum, & alterum annum vix attigissem; totâ animi contentione in hoc studium operam collocavi, firmâ satis valetudine, nec sonticis morbis divexatâ (quae magna fuit Dei gratia) rejectis negotiis, & conversationibus, quae avocamento esse poterant; unum habens propositum, ut offucias, & tenebras, quae in libris juris occurrerent, à me dispellerem: & fortè aliquas dispuli, sed quanta est in aliis caecitas? Cujacius magnô, & praestanti ingeniô magnum, & indefessum laborem adjiciens, multa & praeclara doctrinae monumenta tradidit, in quibus variantes sententias, interpretationesve reliquit, humanitùs, & prae vitio humanae mentis. Ut inde quidem multam alicui, sed nulli unquam homini totam, perfectamve scientiae cognitionem à Deo datam esse dignoscamus.

Cujacium variasse, ut primi ipsi juris auctores variarunt, & Papinianus: ut Principes in suis Constitutionibus variarunt, & Justinianus: ut interpretes alii juris variarunt, & Bartolus. Pauciores Cujacii, quàm Bartoli variationes.

CAPUT XI.

PAPINIANUM illum sublimissimi, & excellentissimi virum ingenii in eâdem quaestione variasse observat Cujacius *lib.* 2. *observat. cap.* 37. & CERVIDIUM SCAEVOLAM *lib.* 4. *observat. cap.* 1. Sed plures alios juris auctores variasse ostendimus *lib.* 1. *observation. cap.* 9. SABINUM, PAULUM, MARTIANUM, Et alios adhuc variasse deprehendimus; MARCELLUM in *L. Juris gentium.* 7. *§. pen. D. de pac.* ULPIANUM in *L. si cui legatum.* 92. *D. de condit. & demonstrat.* Maximè verò qui fuerant à schola Proculi, variare non dubitarunt, edocti à Stoicis, ut ostendimus d. *cap.* 9. *lib.* 1. *observat.* qui, ubi melior ratio appareret, facilè mutabant sententiam, & à dogmatis sectae recedebant; ut de Possidonio Philo Judaeus in *lib. Quòd mundus sit incorruptib.* & de eodem Possidonio Galenus in *lib. Quòd mor. animi seq. temp.* ait, *Sectam deserere maluisse, quàm veritatem.* Principes in Constitutionibus variarunt, non modò ut variae essent de eâdem re constitutiones aliorum, atque aliorum Principum, ut in *L. non putabam.* 48. *D. de condit. & demonstrat. & L. quaesitum.* 74. *D. ad SC. Trebellian.* ut in *L.* 3. *§.* 10. *D. de jur. fisci. & §. Thesauros. Instit. de rer. divis.*

divis. & apud Paulum *lib. 4. sententiar. tit. de vicesima.* Sed etiam, ut iidem Principes in eâdem quaestione variaverint. *L. Divi. 17. D. de jur. patronat.* Justinianus quoque variavit, non tantùm ut quod erat in prioribus constitutionibus primi codicis, immutaret in Codice repetitae praelectionis: aut ut constitutiones plerasque ejusdem codicis Novellis tolleret, emendaret; quod Cujacius ostendit in *paratit. C. ad SC. Tertyllian.* Sed ut in ipsis Novellis variaverit. Quod enim constituerat *Novellâ* 2. mutavit *Novell.* 22. ut & Cujacius ad *Novell.* 2. observavit. Quod si ipsi juris auctores, & Principes variarunt, mirum non sit, interpretes juris variasse. Bartolus, quem vulgò, & proverbialiter prae caeteris juris interpretibus firmae, stabilisque sententiae esse jactatum est, multas reliquit varietates; quas Nicellus quidam ad trecentas, & viginti collegit, & contrarietates vocavit: indignus earum conciliator, sed qui ostenderit Bartolum, *Lucernam juris*, (ut nonnulli vocitant) plerumque fuisse nubilam, & obscuratam. Bartolum quidem acuti, & praestantis ingenii virum, & ad juris scientiam accommodati fuisse non est diffitendum. sed temporibus, quibus vixit, in summa rerum omnium ignoratione, aliam nobis Jurisprudentiam tradidit, quàm juris auctores tradiderant: cùm summaria legibus praeposuit; & ex specie non satis expensâ, & quae propriam habet rationem, certam & generalem definitionem constituere voluit. Cujacius *lib. 12. observat. cap. 16.* ubi retulit laudes, quas Bartolo quidam tribuunt, posteà subjicit: *Sed non ego facilis, neque credulus illis: nam neque* δικαιομάστιγας i. e. juris depravatores, *hujusmodi Jurisprudentibus comparaverim, & Accursium longè magis coronâ donaverim; à quo quidquid aberrat Bartolus, variae fictiones, & aegri somnia videntur.* Bartolum suâ aetate virum eximium agnoscimus: sed posterior aetas felicior multa pervidit in libris juris, in quibus planè caecutiebat. At quisquis ille fuerit, plures variationes reliquit, quàm Cujacius; nam Bartoli trecentae, & viginti numerantur: ex Cujacio in libris Digestorum, & Codicis sexaginta, & novem observavimus; vix est, ut alius totidem observare possit. Ita igitur apparet, Auctores juris, & Principes, & Interpretes variasse. Annon & hodie SC. in supremis tribunalibus variant? Non modò in diversis tribunalibus, sed etiam in eâdem decuriâ aliter, atque aliter saepè judicatum referunt: adeò ut nihil hodie tam incertum sit, quàm niti auctoritate rei judicatae. Narrantem memini virum amplissimum, & juris studiosissimum, Nicolaum Verdunum, (id contigit crastino die à secundarum nuptiarum in convivio, ad quod Parisiis fortè agentem, pro ea humanitate, quam erga Antecessores semper habuit, me vocaverat; quòdque amici qui aderant, silicernium magis quàm repotia esse dictitabant,) narrantem, inquam, memini, se in Senatu Parisiensi solenniter pronuntiasse, omnia crimina vicennii praescriptione excludi: & posteà in Senatu Tolosano, non excludi. Secundùm variam interpretationem, quam patitur. *L. querela. 12. C. ad leg. Cornel de falsis.*

An posterioribus interpretationibus Cujacii standum sit, & quomodò dignosci possint; & quaenam fides postumis operibus haberi debeat.

CAPUT XII.

IN variationibus Cujacii expressis, seu retractationibus, quas supra indicavimus, & aliis, quae possunt occurrere; videretur posteriori sententiae stari oportere, quasi secundae cogitationes sint sapientiores, ut Justinianus uspiam. Tum quia Cujacius eò animô posteriorem interpretationem tradere voluit, ut à priore recederet. Sed in variationibus tacitis, ubi deprehendi non potest, an consultò, an per incogitantiam fecerit; posteriorem sententiam semper amplecti, non satis tutum esset: quia posteriorem ita tradere potuit, ut alius non meminisset. Et ideò priorem sententiam adversùs posteriorem saepè probavimus *lib.* 1. *Variant. interpretat. capp.* 3. 4. 5. 6. & 7. Nam priùs scripserat ad *tit. de pact.* anno 1559. quàm *paratitla Codicis* anno 1569. *Cap.* 9. nam priùs scripserat ad *tit. de verb. oblig.* anno 1562. quàm ad *Papinianum* 1578. *Cap.* 15. nam priùs scripserat *paratit. Digest.* quàm ad *edictum Pauli*, & *lib.* 18. *observ. cap.* 17. nam priùs scripserat ad *Africanum* anno 1565. quàm ad *Julianum*, extremâ ferè aetate. *Cap.* 19. nam priùs scripserat ad *tit. de pactis*, quàm ad *Africanum. Cap.* 23. nam priùs scripserat ad *tit. de verbor. obligationib.* 1562. quàm ad *Africanum* 1565. *Cap.* 25. ubi probamus magis, quod scripserat *lib.* 2. *observationum*, quàm quod postea scripsit *lib.* 14. *observat. cap.* 28. Idque & in aliis capitibus libri primi, & secundi Variantium interpretationum, similiter observari putent; nos priorem sententiam adversùs posteriorem magis probasse. Ex subscriptione epistolarum deprehenditur posterior sententia: sed cùm epistolas operibus praeponere desiit, ut profitetur in *epistolâ ad filium*, praepositâ *tractatui 6. ad Africanum*, anno 1573. non facilè posterior sententia deprehendi potest. Verùm studiosè in ordinem recitationum inquisivimus per seriem viginti ferè annorum; eumque à VV. CC. accepimus, Francisco Pithoeo populari nostro, qui cum Cujacio hospitabatur, & latus ipsius perpetuò claudebat: quemque Cujacius vocat uspiam *invictum studiorum suorum comitem*: & de quo *lib.* 10. *observat. cap.* 18. *Placet valdè opinio Franc. Pithoei, viri non minore eruditione, quàm probitate praediti, mihique perfamiliaris*. Et à Claudio Dorsanne Praefecto Generali in jurisdictione Issoldunensi Biturigum; qui per septennium Cujacium audiverat, & cum eo profectionem in Academiam Taurinensem susceperat, anno 1565. quo & Cujacium tractatus ad Africanum narrabat inchoasse. Et à Gabriele Picaut Consiliario in Praesidatu Biturigum, etiam hodie ex Cujacii auditoribus superstite: qui post reditum Cujacii ex Academia Taurinensi recitationes ad Papinianum, & Paulum excepit. Ex quibus Cujacius plurimas observationes concinnavit, ut ferè omnes ex aliis recitationibus. Et ita quidem posteriores sententiae deprehendi possunt,

prae-

praeter id, quod ab aliis de ordine, & serie recitationum Cujacii traditum est. Adhuc tamen dubitationis esse potest, cùm in Prioribus operibus Cujacii, & Postumis diversae sententiae reperiuntur, an non Prioribus magis stare debeamus, quae Cujacius probavit; non Postuma. Equidem fatendum est, Priora opera esse cultiora, quae diuturniori cogitatione emiserat: & in Postumis operibus recitationes subitariâ operâ (ut fieri assolet) traditas fuisse, quae secundâ curâ egere poterant, ut Cujacius ipse agnovit ad *lib.* 17. *Quaest. Papiniani*, *in L. Maevius*. 66. §. *in fundo. D. de legat.* 2. & *lib.* 27. *Quaestionum ejusd. Papiniani*, *in L. si testamento*. 49. §. *ult.* D. *de fidejussorib. & mandat.* Nihilominùs in Postumis operibus quaedam sententiae fortiori ratione nituntur; quas ideo secuti sumus, & quisque sequi debeat, ubi vim rationis perspexerit.

De Florentinâ lectione defensâ.

CAPUT XIII.

Mirum quanta fuerit in omnibus codicibus mutandis improbitas, atque audacia. Judaei in sacris libris veteribus lectionem mutarunt. Augustinus *lib.* 15. *de Civit. Dei*, *cap.* 11. *Judaei dum nobis invident*, *quod lex*, *& Prophetae interpretando ad nos transierunt*, *mutarunt quaedam in codicibus suis*, *ut in nostris impediretur auctoritas*. Haereticos in novis codicibus sacris lectionem mutasse queruntur Patres, ut Irenaeus *lib.* 5. *advers. haeres.* Quid non apud Homerum Critici tentarunt? ut Strabo *lib.* 1. *Geograph.* Athenaeus *lib.* 4. Δειπνοσοφ. referunt. Diogenes Laërtius in *Timone*. Apud Hippocratem, ut Galenus in *lib.* 6. περὶ ἐπιδημιῶν. Libros antiquos foederum, & legum ex frequenti transcriptione aliquid mutasse, ait Marius Victorinus *lib.* 1. *Artis Grammaticae*, *cap. de Orthographia*. Et Impp. *in L. unic. C. Theodos. de resp. prud.* volunt, *JCtorum libros codicum collatione firmari*: quia & frequenti transcriptione aliquid mutaverant. Atque istud mutandae lectionis cacoëthes libros quoque juris post Justinianum attigit. Expensis autem lectionibus variis in libris Digestorum, Florentinâ, Noricâ, in manuscriptis codicibus, qui penès nos sunt, & quos alibi vidisse contigit, lectionem Florentinam certiorem esse agnovimus, & à qua non sit temerè recedendum. Plerique & optimi quique nostrae aetatis interpretes, sub auctoritate juris scientiae in eo perniciosissimè errarunt; dum aut verba ex alio loco in alium trajecerunt, alia expunxerunt, alia addiderunt. Graeci quidem interpretes quandoque negationem addunt, quandoque tollunt; & primi Glossographi Latini, dum mentem JCtorum non assequuntur. Nobis quidvis potiùs tentandum est, quàm ut ad immutationem lectionis accedamus. Saepè demiratus sum, Cujacium nostrum tam crebras emendationes intulisse; librosque Emendationum inscribere voluisse. Nisi quòd veluti quidam Ἀντίτεχνος, i. e.

Aemu-

Aemulator, adversùs Antonium Augustinum aequalem, qui libros Emendationum, & observationum inscripserat, inversâ scriptione libros suos observationum, & emendationum inscribere voluerit. Vel quia Critici id auctoritatis sibi tribuebant eô tempore, ut quoscunque libros immutarent; Id etiam Cujacius in libris juris sibi licere putaverit. Joannes Robertus aemulus ferre non potuit, qui propterea libros duos Receptae lectionis edidit. Antonius Contius collega Cujacii, qui meditabatur editionem Nivellianam ad exemplar Florentinum, sibi temperare non potuit, quin scriberet *lib.* 1. *Lectionum subsecivarum juris, cap.* 1. *Cùm longô Pandectarum Florentinarum desideriô teneremur, spes erat iis editis ampliùs de lectione neminem controversiam facturum. Ecce autem de integro lectionem Florentinam certatim, quò quisque doctior sibi videtur, eò ambitiosiùs oppugnat*. Nec defuerunt post Cujacium, qui lectionem immutarunt, & integras clausulas in libris juris rejecerunt, intolerabili prorsus audaciâ. Ideò enixè semper lectionem Florentinam tueri contendimus, non solùm totô librô *ex Cujacio*, sed & aliis plerisque in locis *lib.* 3. *observationum nostrarum, cap.* 11. *in L. si cùm dotem.* 22. §. *si pater. solut. matrim.* cap. 17. *in L. cùm tabulis.* §. 1 *D. de his, quae ut indign.* cap. 20. *in L. unic. D. de remissionib.* cap. 39. *in L. non tantùm.* 17. §. *ult. D. de excusat. tutor. & curator.* lib. 4. cap. 8. *in L. sed si.* 15. *D. de evictionib.* cap. 10. *in L.* 7. *in fine. D. de exceptionib.* cap. 17. *in L. si fuerit.* 11. *D. de reb. dub.* cap. 22. *in L. cùm servus.* 18. *D. de condit. instìtut.* & in *L. avia* 77. *D. de conditionib. & demonstrationib.* cap. 38. *in L. qui servum.* 34. *D. de obligat. & actionib.* lib. 5. cap. 16. in pluribus legibus. cap. 29. *in L. paterfamilias.* 28. *D. de reb. auct. judic. possid.* lib. 6. cap. 6. *in L. vestis.* 23. *D. de aur. & argent. legat.* cap. 9. *in L. haec conditio.* 10. *D. de conditionib. & demonstrationib.* lib. 7. cap. 17. *in L. postulante.* 44. §. 1. *D. ad SC. Trebellian.* cap. 28. *in L. actio.* 28. *D. de obligat. & actionib.* lib. 8. cap. 8. *in L. quidam.* 13. *D. de servitutib. praedior. urbanor.* Sanè varium fuit Cujacii de Florentina lectione judicium: aliud, *lib.* 2. *observat. cap.* 1. *Sum omnibus studiosis auctor, ut etsi editis Pandectis Florentinis, nihil ad Pandectarum restitutionem praetereà quicquam desiderandum esse plerique vociferentur; quotquot poterunt alias tamen quascunque manu scriptas Pandectas conquirant, certòque judiciô earum scripturam expendant, & examinent. Nec enim fidem habendam censeo his, qui caeteras omnes ex Florentinis dimanasse profitentur.* Aliud ad *lib.* 2. *Definit. Papiniani, in L.* 2. *D. de divers. & tempor. praescriptionib. Ut scriptum est in Florent. scilicet, quibus nulli sunt vetustiores, nulli castigatiores; & sicubi incastigati, ita tamen scripti, ut castigatae lectionis inveniendae, & suspicandae sint. Divinum est munus, editio earum Pandectarum, nam levat nos magnâ parte quaestionum, & dubitationum illatarum frustra ab interpretibus: earum denique beneficiô, jus nostrum mirum in modum illustratum est.* Et in *recitationib. Cod. ad tit. de donationib. In Pandectis Florentin. quae nobis debent esse sacratissimae.* Quod quidem Cujacii judicium posterius facilè sum amplexus, ut lectionem Florentinam defenderem. Idque omnes, quotquot sumus juris interpretes, prae-

stare

ftare debemus, ut aliquam juris ſcientiam habeamus, quam mutatis, & interpolatis cujuſque arbitriô verbis nullam prorſus tandem haberemus.

Elogia de non mutandis lectionibus.

CAPUT XIV.

PAtres Eccleſiae, quod haeretici ſacros codices in ſuas ſententias mutarent, lectionem non eſſe mutandam plerique contendunt. Irenaeus *lib. 5. adverſ. haereſ. cap. 30. Et primum quidem damnum eſt, excidere à veritate, & quod non ſit, quaſi arbitrari; poſt deinde apponenti, vel auferenti de ſcriptura poenam non modicam fore, in quam incidere neceſſe eſt eum, qui ſit talis.*

Baſilius in *ſerm.* περὶ πίστεως. Φανερὰ ἔκπτωσις πίστεως, καὶ ὑπερηφανίας κατηγορία, ἢ ἀθετεῖν τι τῶν γεγραμμένων, ἢ ἐπεισάγειν τῶν μὴ γεγραμμένων. *Manifeſtum infidelitatis, & ſuperbiae argumentum, vel rejicere aliquid eorum, quae ſcripta ſunt, vel introducere eorum, quae non ſcripta.*

Gregorius Nyſſenus in *Pſalmos, cap. 10.*
Προσήκει πρὸ ὀφθαλμῶν ἔχειν τὸ ἐν τῇ ἀποκαλύψει τοῦ Ἰωάννου κείμενον κρίμα, κατὰ τῶν μεταποιούντων τὰ θεῖα, ἐκ προσθήκης, καὶ ἀφαιρέσεως. intelligit *cap. ult.* ſub finem, *Convenit ante oculos habere in Apocalypſi Joannis poſitum judicium adverſus tranſmutantes divina, per additionem, vel ſubtractionem.* Idem Gregorius Nyſſenus *oratione prima contra Eunomium*, Τὴν ἐν ὀλίγῳ παρατροπὴν τῶν παραδοθέντων ῥημάτων ἐσχάτην κρίνοντες βλασφημίαν, καὶ ἀσέβειαν. *In exiguo perverſionem traditorum verborum, extremam judicantes blaſphemiam, & impietatem.* Quod faciebant οἱ τῶν πονηρῶν αἱρέσεων εὑρεταί, *malignarum haereſeων inventores*, ut poſteà ſubjicit. Sed & alii ſcriptores extrani ſimiliter contendunt, librorum lectionem non eſſe mutandam, adverſùs Criticos.

Syneſius in *Dione* hanc ex Philoſophiâ legem refert, quam & Pythagoras tribuit ὁ νόμος οὐκ ἐᾷ τοῖς βιβλίοις ἐπινοεῖν, ἀλλὰ βούλεται μένειν αὐτὰ ἐπὶ τῆς πρώτης χειρὸς, ὅπως ποτὲ ἔσχε τύχης, ἢ τέχνης. *Lex non finit in libris comminiſci, ſed vult manere ipſos; ut ſcripti fuerint primâ manu; ut habuerint fortunâ, vel arte.*

Strabo *lib. 1. Geographiae* de Homerica lectione τὴν μὲν ἐν γραφὴν οὐκ ἀνάγκη κινεῖν παλαιὰν οὖσαν. *Scripturam non neceſſe eſt mutare, quae antiqua eſt.*

Plutarchus facetè *lib. 8. Sympoſiacῶν quaeſt. 6.* Μηδ' ἐκείνοις ἐνδῶμεν ὅταν διὰ τῶν ὀνομάτων ὥσπερ τριχῶν, τὰ μὲν ἐκτίλλουσι μέρη, τὰ δὲ καθαιροῦσι, παρενδύσεως δίδωμεν. *Non illis ita facilè ad verba, veluti ad crines, ex quibus recidunt partes, & tollunt, aditum damus.*

Galenus in *Praefatione libri primi in ſextum Hippocratis* περὶ ἐπιδημιῶν refert, ut interpretes Hippocratis librum iſtum ſextum arbitriô ſuô immutaverint; & ideo ſe antiquitatem ſcriptorum conquiſiiſſe, & commentaria eorum, qui primum iſtum librum expoſuerant. Deinde ſubjicit,

Καί

Πολὺ βέλτιον ἐδόξέ μοι φυλάττοντι τὴν ἀρχαίαν γραφὴν, ἀεὶ μὲν σπουδάζειν ἐκείνην ἐξηγεῖσθαι. μὴ δυνηθέντι δέ ποτε τοῦτο πρᾶξαι, πιθανήν τινα ἐπανόρθωσιν αὐτῆς ποιεῖσθαι. *Multò melius visum mibi servanti antiquam scripturam, semper studere illam interpretari, & cum id praestare non potuerim, probabilem aliquam emendationem ipsius facere.*

Artemidorus *lib.* Ὀνειροκριτικ. *cap.* 75. Δέομαι δὲ ὀλίγα τῶν ἐντυγχανόντων τοῖς βιβλίοις, μήτε προσθεῖναι, μήτε τῶν ὄντων ἀφελεῖν. *Rogo pauca eos, qui in libros istos inciderint, non apponere quidquam, neque ex his, quae sunt, adimere.*

Athenaeus *lib.xi.* Δειπνοσοφισ. refert Sosibium Grammaticum λυτικόν, *solutivum*, ut vocat, quaestionem sibi propositam trajectis Homeri verbis dissolvere voluisse; & à Ptolomaeo Philadelpho ob hanc praeclaram, & alias hujusmodi ambiguitatum solutiones derisum aliquando. Eique Ptolomaeum ingeniosò sanè commentò ostendisse, non sine fraude cuique adfuturum, & ipsi Sosibio, si trajectione, adjectione, aut detractione verborum scripturam liceret immutare. Cum igitur Patres Ecclesiae, & scriptores extrarii, mutandam non esse lectionem contendant, ecquis illi succenseat, qui in libris juris lectionem Florentinam, ut antiquam, ab immutatione vindicarit?

De hujusce operis utilitate.

CAPUT XV.

PRima hujusce operis utilitas fuerit, variationes indicasse, quae apud Cujacium occurrere poterant, & studiosos fallere: rationes attulisse, quibus potior sententia eligi, & inferior rejici possit; cum alioqui varia interpretatio studiosos alternantes moraretur. Utilitas alia fuerit, nonnullorum calumniam detexisse, qui cum aliquam Cujacii sententiam minùs fortè probabilem reperissent, eam dicendò, scribendòque insectati sunt; dissimulantes, quod alibi aliam protulisset. Simul & quorundam ignorantiam arguisse, qui nullam apud Cujacium contrariam sententiam reperiri posse, pervicaciter tuebantur. In quos homines incidisse aliquando memini, qui unum Cujacium auditoribus suis praedicarit, ad invidiam superstitum: quique cum à propriâ aliquâ juris scientiâ commendationem quaerere non possint, totam sibi à Cujacio quaerendam excogitarunt. Praetereà torpens studiosorum solertia excitabitur, ut alias Cujacii Variationes investigent, investigatas expendant; & assensionem sustineant, donec potioris sententiae lumen affulserit. Atque etiam ut lectionem Florentinam multis in locis vexatam, & conturbatam, ab immutatione vindicent: omnique animi contentione mentem juris auctorum exquirant, antequam emendationi acquiescant. Neque adhuc torpeant studiosi, quod nullum hodie ex studiis excolendae jurisprudentiae fructum sint relaturi, quodque improborum, & nequam hominum calumniam, protervitatem magis, quàm proborum gratiam, laudemve sint inituri. Aequius fortè judicium posterior aetas feret, & agnoscet non ingenia temporibus, sed tempora ingeniis defuisse.

EMUN-

EMUNDI MERILLII JC. EX CUJACIO LIBER PRIMUS,

Seu Variantium interpretationum CUJACII ex Libris Digestorum.

Quid sit jus, quod necessitas constituit, in L. penult. D. de Legibus.

CAPUT PRIMUM.

MODESTINUS lib. 1. *Regularum, In L. penult. D. de legibus, Senatusque Cons.*

ERGO omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.

CUJACIUS in Paratit. Digestor. ad Titul. de legibus. *Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. Jus enim, quod expressus consensus populi, vel plebis fecit, Lex est*: Quod necessitas constituit, Senatusconsultum, L. 2. §. *deinde quia difficile, sup. tit. proximo.*

Idem CUJACIUS *lib. 14. Observat. cap.* 16.

Breviter scripsisse videtur Modestinus hanc juris partitionem, ex hoc Menandri loco : τρία γάρ ἐστι δίοπολα, δι' ὧν ἅπαντα γίγνεται; ἢ κατὰ νόμους, ἢ ταῖς ἀνάγκαις, ἢ γε τρίτον ἔθει τινί. i. e. *tria enim sunt potissimùm, per quae omnia fiunt; aut secundum leges, aut necessitatem, aut denique consuetudinem aliquam.* Non jus omne tantùm, sed & omnia aut leges efficere, aut necessitatem, aut consuetudinem.

MERILLIUS.) Jus, quod *consensus fecit*, est jus civile scriptum; puta, leges, rogationes, plebiscita, quae populi, aut plebis consensus fecit, *L. de quibus*, 32. sup. *hoc tit.* Jus, quod *firmavit consuetudo*, est jus civile non scriptum, quod fluxit ex interpretatione Prudentum ad leges XII. *tabular.* & fuit non scriptum, *L.* 2. §. 2. & §. *novissimè*, 6. *D. de orig. jur.* & longâ utendi consuetudine fuit comprobatum. d. *L.* 32. sup. *hoc tit.* ut substitutio pupillaris moribus fuit introducta, *L.* 2. *D. de vulg. & pupill. substit.* seu jure civili, *L. ex facto.* 43. *D. eod.* Donationes inter virum, & uxorem moribus prohibitae, *L.* 1. *D. de donat. inter vir. & uxor.* seu jure civili, *L.* 4. *D. de pact. dotalib.* In legibus ferendis expressus fuit populi consensus; in moribus introducendis tacitus, seu *illiteratus*, ut Gellius *lib.* 12. *cap.* 13. Et hoc quidem satis constat, quid sit jus, quod consensus fecit, aut quod firmavit consuetudo; at non satis constat, quid sit jus quod *necessitas constituit*, in d. *L. penult. D. de legib.* Cujacius in *Paratit. Digestor. ad tit. de legib.* ait, *SCta esse jus, quod necessitas constituit, cùm populus universus in tanta hominum multitudine difficilè convenire posset, & necessitas ipsa curam Reip. ad Senatum deduxisset.* d. *L.* 2. §. *deinde quia difficilè. D. de orig. jur.* At *lib.* 14. *observat. cap.* 16. jus, quod necessitas constituit, interpretatur jus gentium; quia *usu exigente, & humanis necessitatibus* gentes quaedam jura sibi constituerunt, §. *jus autem. Instit. de jur. nat. gent. &c.* puta, commercia, venditiones, locationes, bella, captivitates. Et ibi quidem Cujacius attigit utramque interpretationem, ut jus, quod necessitas constituit, referri possit ad SCta, vel ad jus gentium. Magis tamen probarem, referendùm esse ad jus gentium; nam si verum est, Modestinum respexisse ad verba Menandri; & si eadem mens fuit Modestini, quae Menandri, (ut probabile est) non cogitabat Menander de SCtis Romanorum, quae longô tempore antecessit: igitur cogitavit de jure gentium, quod necessitatibus humanis ita postulantibus fuit constitutum.

Au

An Praesides, qui jus gladii habuerunt, alias coërcitiones habuerint, vel non.

CAPUT II.

ULPIANUS in L. 6. §. qui universas. D. de offic. Praesid.

Qui universas provincias regunt, jus gladii habent; & in metallum dandi potestas eis permissa est.

CUJACIUS in *Paratit. Digestor. ad tit. de offic. Praefect. praetor.* *Praeter hunc, vel Vicarium ejus, nullus magistratus habet plenissimum imperium merum. Alii partes tantùm aliquas habent, ut Consul jus gladii, sed non jus relegandi: ac similiter* Praeses jus gladii, & jus damnandi in metallum; non jus deportandi, vel confiscandi. Eandemque sententiam tuetur Cujacius in expofit. tit. *de injust. rupt. & irrit. fact. test.*

Sed aliter scripsit *lib. 21. observat. cap. 30. Per eminentiam, gladii potestas, summa pars meri imperii; nam & omnem aliam facinorum graviorem coërcitionem, veluti* damnationem in metallum, deportationem, publicationem bonorum, & judicii publici executionem lege delatam, *imperium merum complectitur. L. solet. D. de offic. Proconf. & legat. L. 1. D. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. L. aliud,* in fine, *D. de verbor. significat.*

MERILLIUS.) Ex eo, quod Ulpianus in hac *L. 6.* ait, Praesides, qui universas provincias regunt, jus gladii habere, eisque potestatem in metallum dandi permissam esse; plerique inferunt, Praesides provinciarum non habuisse alias coërcitiones, puta, jus deportandi: aut etiam leviores, puta, jus confiscandi. Et in ea sententia fuit Cujacius in *paratit. Digest. ad tit. de offic. Praefect. praet.* & in *expofit. Tit. de injust. rupt. ad L. 6. in §. ejus, qui deportatur.* Quae quidem his rationibus juvari potuit; quòd ea, quae sunt imperii meri, specialiter concedantur, *L. 1. D. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. L. solent. 6. D. de offic. Proconf. & legat. L. 1. §. 2. D. de legat. 3. L. aliud. 131. in fin. D. de verbor. signif.* Concessô igitur jure gladii, jus aliter animadvertendi specialiter concedi debuit. Tum quia Praesides, licèt jus gladii habuerint, non potuerunt concedere liberam mortis facultatem, nec habuerunt jus venenô necandi. *L. aut damnum. 8. §. 1. D. de poenis,* nec jus deportandi, *L. inter poenas. 6. D. de interd. & relegat.* nec jus confiscandi, *L. unic. C. Ne sine juss. Princip. cert. judicib. liceat confiscare.* Verius tamen videtur, eos omnes, qui jus gladii habuerunt, alias etiam coërcitiones, seu graviores, seu leviores habuisse: nam gladius fuit symbolum hujusce summae potestatis: quem propterea Impp. in urbe gestabant, ut de Vitellio Tacitus *lib. 3. historiar.* & Praefectus Praetorio, Philostratus *lib. 4. de vit.*

vit. Apollonii; iſque ſolus, ut obſervat Herodianus *lib.* 3. ſcilicèt ad differentiam Praefecti urbi, cui licet jus gladii non quidem ab initio, ſed poſtea conceſſum fuerit; tamen gladium in urbe non geſtabat. Praeſides in provinciis, ſeu legati Caeſaris gladium in provinciis etiam geſtabant, ſymbolum ſuae poteſtatis. D. Paulus *ad Roman. cap.* 13. Jure autem gladii conceſsô vel Praefectis Praetorio, vel Praefecto urbi, vel Proconſuli, vel legato Proconſulis, vel legatis Caeſaris, vel aliis Provinciarum rectoribus, omnimodam coërcitionem habuiſſe videntur. Et hanc ſententiam tandem probavit Cujacius *lib.* 21. *obſervat. cap.* 30. ubi ait, gladii poteſtatem, ſummam eſſe partem imperii meri; & complecti omnem aliam facinorum graviorem coërcitionem; veluti *dationem in metallum, deportationem, publicationem bonorum, & judicii publici exercitionem lege delatam*. Nec deſunt huic ſententiae tuendae rationes: quia cùm populus liberâ Rep. Imperatores, aut Proconſules cum exercitu in provincias mitteret, eis dabat ſummum imperium, atque omnimodam coërcitionem. Salluſtius *in conjurat. Catilin. Ea poteſtas per Senatum more Romano maxima permittitur; Exercitum parare, bellum gerere, coërcere omnibus modis ſocios, atque cives; domi, militiaeque ſummum imperium, atque judicium ſummum habere*. Eô exemplô Auguſtus rerum potitus, legatos miſit in provincias nondum pacatas cum exercitu, & jus gladii eis conceſſit. Dio *lib.* 53. non tantùm, ut haberent jus necandi militis, *L. de militibus. D. de cuſtod. & exhibit. reor.* ſed etiam, ut provinciales fortè tumultuantes comprimerent, & modis omnibus coërcerent. Ideo Praeſides iis poenis quemque afficere poſſunt, quae aut vitam adimant, aut ſervitutem injungant, aut civitatem auferant, aut exilium, aut coërcitionem corporis contineant. *L.* 6. §. *ult. D. de poenis*. Idque deprehenditur ex variis poenis, quibus Praeſides provinciarum Chriſtianos affecerunt: quorſum enim tam varias poenas inflixiſſent, niſi quia jure gladii conceſſo omnimodam coërcitionem habuerunt? Ita Praeſes provinciae minatur Baſilio, quae ſunt ſuae poteſtatis, δήμευσιν, ἐξορίαν, βασάνους, θάνατον, *bonorum proſcriptionem, ſeu confiſcationem, exilium, cruciatus, mortem*, apud Greg. Nazianz. *Orat.* 20. Ita Praefectus urbi omnium criminum coërcitionem intra urbem, urbiſque terminos habuit, *L.* 1. *D. de offic. Praefect. urb.* Habuit quoque jus deportandi, *L.* 6. *D. de interdict. & relegat.* Ita Praeſides, qui jus habebant vitae noxiis adimendae, habebant quoque jus confiſcandi, *L. unic. C. Theodoſ. Ne ſine juſſ. Princip.* Ita Juſtinianus *Edict.* 8. *cap.* 2. dat jus gladii Pontici tractûs Vicario, ut competentibus poenis ſontes coërceret. Et cùm varia ſint criminum genera, quae aliam, atque aliam poenam mereantur, modò graviorem, modò leviorem; abſurdum eſſet, ut poenâ gladii omnes punirentur. Nec minus abſurdum eſſet, ut ei cui vitam gladiô adimere licuiſſet, non liceret id, quod minus eſt, puta, deportare, confiſcare; ſiquidem *non debet, cui plus licet, quod minus eſt non licere, L. non debet.* 21. *D. de regul. jur.* Verùm rationes rejiciendae ſunt, quibus nonnulli ad priorem ſententiam adduci poſſent: quod enim dicitur partes imperii meri ſpecialiter conceſſas fuiſſe, puta, ut Princeps uni daret jus deportandi, alii

alii exercitionem judicii publici, alii jus confiscandi; id verum est. Sed & Princeps omne imperium merum generaliter concedere potuit: veluti cùm Praefectum Praetorio, aut legatum suum, aut Proconsulem, aut legatum Proconsulis, aliumve provinciae Praesidem gladiô cingeret, eique potestatem daret ad animadvertendum milites, & facinorosos homines, *L.* 3. *D. de jurisdict.* Generalis ista concessio imperii meri, speciales alias partes continebat: ut generalis hypotheca continet specialem. *L.* 2. *D. qui potior. in pign.* Praeterea d. *L.* 8. *D. de poenis*, ita debet intelligi; ut si Praeses provinciae aliquem noxium poenâ gladii affici jusserit, non possit deinde mutare sententiam, puta, ut noxio vita laqueô, vel venenô, vel fuste, vel aliô genere mortis adimatur. Denique non movet, quod Ulpianus in hac *L.* 6. Provinciarum rectoribus jus gladii, & in metallum dandi tantùm concesserit; quasi non habuerint jus deportandi, nec jus confiscandi, nec aliam majorem animadversionem. Etenim sciendum est, temporibus Ulpiani divisas fuisse provincias, quae à primordio universae regebantur, ut observat Dio Ulpiani aequalis *lib.* 53. Qui universas provincias regebant, semper jus gladii habuerunt; atque alias etiam coërcitiones; quod hîc signare voluit Ulpianus. At Praesides alicujus provinciae divisae plerumque nec jus gladii habuerunt, nec jus deportandi, *L.* 2. *D. de poenis*, nec jus confiscandi, *L. unic. C. Ne sine juss. princip. &c.* nec aliam majorem animadversionem, *L.* 4. *C. de locat. & conduct.* puta, jus animadvertendi, coërcendi, atrociter verberandi, *L. si quid.* 11. *D. de offic. Proconsul.* Suberant aliorum dispositioni, veluti Praefecti Praetorio, d. *L.* 4. *C. de locat. & conduct.* aut Proconsulis, aut alius Rectoris, qui universam provinciam regebat; quique jus gladii habebat, & omnimodam aliam coërcitionem.

An omnis jurisdictio sit cum imperio, vel quaedam sit jurisdictio simplex, & sine imperio.

CAPUT III.

ULPIANUS lib. 2. *de officio Quaestoris. In L.* 3. *D. de Jurisdict.*

IMperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines: quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.

CUJACIUS, lib. 21. *observationum, cap.* 30.

Duo

Duo in ea lege proponuntur imperii genera ; duo sunt in ea termini tantùm , merum imperium , & mixtum imperium ; non tres , ut plerique opinantur ; merum , & mixtum imperium , & jurisdictio simplex ; quia nulla est jurisdictio simplex , *vel nuda ; nulla sine imperio , cujus vi ad effectum perducatur : quod ex hac etiam societate , atque junctura , quâ jurisdictioni connexum est , mixtum appellatur.*

Idem CUJACIUS aliter in prima expositione *Tit. D. de jurisdict. ad L. primam.*

Haec sunt majoris cujusdam potestatis , quàm sit jurisdictio simplex , qualem habet Magistratus municipalis ; nam simplicem tantùm jurisdictionem habet ; *& ita rectè Graeci* , ad d. *L.* ea quae , *ajunt , Magistratus municipales non habere ea , quae sunt majoris potestatis , jurisdictionem simplicem habere.*

Idem CUJACIUS ad *L. Duumvirum. 53. C. de Decurionibus* ; Duumviri imperium non habent , *jurisdictionem habent.*

MERILLIUS .) Cùm Ulpianus in hac *L.* 3. mixto imperio inesse jurisdictionem dixerit ; haec verba variam interpretationem patiuntur. Quidam ex Latinis Interpretibus, & primis juris civilis Glossographis, existimârunt, jurisdictionem ita inesse imperio , ut jurisdictio ab imperio nullô modô separari possit ; quia & jurisdictio insit imperio , & imperium jurisdictioni cohaereat. *L.* 1. in fine , *D. de offic. ejus , cui mandat. est jurisdict.* Hanc sententiam probavit Cujacius *lib.* 21. *observ. cap.* 30. & iis rationibus firmari potest : quòd mandatâ jurisdictione imperium quoque transeat : quòd modica coërcitio sit imperii mixti ; & jurisdictio nulla sit absque modica coërcitione , *L. ult. D. de offic. ejus , cui mandat. est jurisdict.* Praetereà , si ulla esset jurisdictio absque imperio, maximè Magistratuum municipalium, qui sunt minores magistratus : At magistratus municipales ea facere possunt , quae sunt imperii mixti ; nam pignus capere possunt , *L. quemadmodum.* 29. §. *Magistratus , D. ad legem Aquil.* & pignoris capio est imperii . *L. sacrilegi .* 9. §. *cum eo , D. ad L. Juliam peculat.* Habent multae dictionem , *L. aliud est.* 131. *D. de verb. sign.* & multae dictio est imperii , d. *L.* 9. *D. ad L. Jul. peculatus .* Magistratus municipales habent coërcitionem cum jurisdictione , ut est apud Hygenum *in libro de limitibus constituendis* : & coërcitio vel modica , est imperii, d. *L. ult. D. de officio ejus , cui mandat. est jurisdict.* Magistratus municipales possunt mittere in possessionem damni infecti nomine. *L.* 4. §. *duas , D. de damno infect.* & missio in possessionem est imperii. *L.* 4. inf. *hoc tit. de jurisdict.* Denique si magistratus municipales non habent ea , quae sunt magis imperii , saltem ea facere possunt , quae sunt magis jurisdictionis , sed tamen imperii: & ita cum jurisdictione magistratuum municipalium , licèt sint minores magistratus , cohaeret semper imperium . Graeci verò Interpretes , & quidam ex Latinis , aliter sentiunt , Jurisdictionem posse separari ab imperio, & quandam esse simplicem jurisdictionem absque imperio . Et hanc Graecorum sententiam probavit Cujacius *in prima expositione Tituli de jurisdict. ad legem primam .* Ita igitur variat Latinorum , & Graecorum interpreta-

pretatio; an quaedam sit jurisdictio simplex, vel mera, aut potiùs omnis jurisdictio mixta sit cum imperio. Verùm cùm quaeritur, an omnis sit jurisdictio cum imperio, vel quaedam sine imperio, differentia constituenda est inter Magistratus. Alii erant majores magistratus Romae, & illi cum imperio, ut Consules, Praetores, Aediles majores: alii erant minores magistratus, ut Aediles minores. Gellius *lib.* 13. *cap.* 14. & in provinciis minores magistratus erant Magistratus municipales, qui quidem jurisdictionem habebant, *L. unic. D. si quis jus dicenti non obtemp.* non imperium. Magistratus majores habebant imperium mixtum, id est, imperium cum jurisdictione; minores habebant jurisdictionem, sed sine imperio. *L. nec magistratibus.* 32. *D. de injuriis*. Quòd si verum est, magistratus minores habuisse jurisdictionem, sed sine imperio; dicendum est, aliquam jurisdictionem simplicem, & sine imperio assignari posse. In majoribus magistratibus, qui habent mixtum imperium, semper jurisdictio inest imperio, & imperium semper cohaeret Jurisdictioni: at in jurisdictione minorum magistratuum, nihil est quidquam imperii, licèt Magistratus municipalis pignus capiat, multam dicat, coërcitionem inferat; id non facit pro imperio sui magistratus, quod non habet: sed quia à lege municipali concessum est, ut pignus capiat, d. *L.* 29. §. *Magistratus*, *D. ad leg. Aquil.* ut multam dicat, *L. ult. D. de decr. ab ord. faciend.* ut coërceat. Hygenus *in lib. de limitibus constituendis*. Cùm verò magistratus majores id faciunt puta pignus capiunt, multam dicunt, coërcent; id faciunt pro imperio sui magistratûs. *L.* 2. *D. de in jus vocando*. Non movet, quòd jurisdictio nulla sit sine imperio, *L. ult. D. de offic. ejus, cui mandata est jurisdict.* Non enim ea est mens Pauli, in d. *L. ult.* ut velit dicere, omnem jurisdictionem esse cum imperio; sed eam tantùm jurisdictionem, quam magistratus privato mandaret, nullam esse, id est, nullius momenti: ut probamus *lib.* 2. *observ. cap.* 15. Et quidem si magistratus, qui habet imperium cum jurisdictione, seu imperium mixtum, mandaverit jurisdictionem suam privato homini, qui non est magistratus; nullius momenti erit ista jurisdictio mandata, nisi imperium cum mandata jurisdictione transeat; quia opus est imperio ad jurisdictionem illam explicandam. At jurisdictio minorum magistratuum, nulla non est sine imperio; quia non opus habent imperiô ad jurisdictionem suam exercendam, utpote qui facere non possint ea, quae sunt imperii. *L.* 4. infrà, *hoc tit. L. ea quae.* 26. *D. ad municipal.* Sed etsi magistratus municipalis mittat in possessionem, damni infecti nomine, id non facit jure propriô sui magistratûs, sed ex delegatione Praesidis: *L.* 4. §. *duas*, *D. de damno infecto:* & cùm ita mittit in possessionem, fungitur vice Praesidis, non suâ; utitur imperiô Praesidis, non suô. *L.* 5. infrà *hoc tit. L.* 1. §. *qui mandatam*, *D. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Itaque in ista Interpretum varietate, magis admittendum videtur secundùm Graecos Interpretes, quandam jurisdictionem esse sine imperio; quandam simplicem jurisdictionem, quae nihil habeat imperii, ut est jurisdictictio minorum magistratuum. Denique in majoribus magistratibus jurisdictio non sine imperio, in minoribus magistratibus jurisdictio est sine imperio.

An

An in mixto imperio quaedam sint magis imperii; quàm jurisdictionis; & magis *in L. 4. D. de jurisdictione, positivè, vel comparativè sumi debeat.*

CAPUT IV.

ULPIANUS in L. 4. D. de Jurisdictione.

Jubere caveri praetoriâ stipulatione, & in possessionem mittere, imperii magis est, quàm jurisdictionis.

CUJACIUS in secunda expositione Tit. *D. de jurisd. ad L. 4.*

Observandum tum hoc, tum illo loco, magis, *accipi* συγκριτικῶς, *& esse in comparando; quoniam nihil est mixti imperii, quod non sit & jurisdictionis: & haec etiam ipsa*, jubere caveri, *nominatim jurisdictioni vindicantur, in d. L. 1. & L. 4. D. de damn. infect. & vice mutatâ, nihil est jurisdictionis, quod non sit etiam mixti imperii: sed in hac mixtura est tamen aliquid, quod eminet, & excellit.*

Idem CUJACIUS ad lib. 1. Pauli ad Edictum, in *L. ea quae. 26. D. ad municipalem.*

Constituamus, Magistratus municipales jurisdictionem, atque adeò mixtum imperium habere; sed ea, quae sunt magis mixti imperii, & majoris cujusdam potestatis, quàm jurisdictionis nudae, magistratum municipalem non habere.

Idem CUJACIUS aliter in prima exposit. Tit. *D. de jurisdict. ad leg. primam.*

Haec sunt majoris cujusdam potestatis, quàm sit jurisdictio simplex, qualem habet magistratus municipalis: nam simplicem tantùm jurisdictionem habet: & ita rectè Graeci ad L. ea, quae, *ajunt, magistratus municipales non habere ea, quae sunt majoris potestatis, jurisdictionem simplicem habere.*

MERILLIUS.) Quod ait Ulpianus in hac *L. 4. Jubere caveri, & in possessionem mittere, magis esse imperii, quàm jurisdictionis*; συγκριτικῶς, id est, *comparativè*, vel θετικῶς, id est, *positivè* sumi potest. Quam diversam acceptionem Pyrrho induxerat, ut refert Diogenes Laërtius in *Pyrrhone*, & ex eo Suidas in verbo, οὐ μᾶλλον. *Magis* ita comparativè sumitur, veluti cùm dicimus, sanitatem magis optandam esse, quàm divitias: utrumque optandum esse dicimus, sed fit comparatio sanitatis ad divitias; & utriusque comparatione factâ, alterum magis optandum esse dicimus. *Magis* autem positivè, seu negativè, ita sumitur: veluti cùm dicimus virtutem magis laudandam esse, quàm vitium; utrumque laudandum esse

non

non dicimus; sed ita virtutem laudandam esse affirmamus, ut vitium laudandum negemus. Ita Justinianus in §. 1. *Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Indebitum *magis esse ex distractu, quàm ex contractu*. Latini Interpretes in hac *L. 4.* & *L. ea quae.* 26. *D. ad municip. magis* comparativè acceperunt: Accursius, & Odofredus Accursiô antiquior: quasi cautio, quae exigitur damni infecti nomine, & missio in possessionem sit imperii, & jurisdictionis, sed magis imperii, quàm jurisdictionis. Comparatio fit eorum, quae sunt imperii mixti ad invicem; & alterum dicitur esse magis imperii, quàm jurisdictionis: non negatur esse jurisdictionis, sed dicitur magis esse imperii. Cujacius Latinorum Interpretum sententiam secutus est in *secunda exposit. tit. D. de Jurisdict. ad hanc L. 4.* & *lib. 1. Pauli ad edictum*, in d. *L. 26. D. ad municipal.* Graeci Interpretes *magis* in d. *L. 26. positivè* acceperunt: quorum sententiam refert, & probat Cujacius in *prima exposit. tit. de jurisdict. ad L. 1.* Ita igitur intelligunt, mittere in possessionem, restituere in integrum, esse majoris cujusdam potestatis, puta, imperii mixti; quàm jurisdictionis simplicis, puta, quae est sine imperio: atque ita esse imperii mixti admittunt, ut negent esse jurisdictionis. Qui nullam jurisdictionem simplicem admittunt, sed omnem jurisdictionem cum imperio esse existimant: necessariò debent comparativè sumere hanc *L. 4.* & comparationem facere inter ea, quae sunt imperii mixti: quorum alia sunt magis imperii, quàm jurisdictionis; & alia magis jurisdictionis, quàm imperii. Sed Graeci, qui jurisdictionem simplicem admittunt, ut in magistratibus municipalibus, *positivè* sumunt: quasi Ulpianus senserit, jubere caveri praetoriâ stipulatione, & in possessionem mittere, magis pertinere ad Praesidem, qui habet imperium, quàm ad Magistratum municipalem, qui jurisdictionem habet simplicem. Et ita verba hujusce *leg. 4. positivè* sumenda suadet inscriptio, juncta *L. 1.* & *L. 4. D. de damn. infect.* & d. *L. 26. D. ad Municipal. ex libris Pauli, & Ulp. ad edictum*: ubi quaerebatur, an magistratus municipales possent exigere cautionem damni infecti nomine, & in possessionem mittere. Ulp. ait, *id magis esse imperii, quàm jurisdictionis*, id est, magis pertinere ad praesidem provinciae, qui imperium mixtum habet; quàm ad magistratus municipales, qui jurisdictionem habent sine imperio. Imperium hîc de imperio mixto debet intelligi, ut in *L. jurisgentium.* 7. *§. si paciscar. D. de pact. L. cùm praetor.* 12. & *L. judicium.* 58. *D. de judic. L. muto.* 6. *§. tutoris. D. de tutel. L. quod jussit.* 14. *D. de re judicat. L. potestatis.* 215. *D. de verbor. significat.* Jurisdictio verò hîc debet intelligi de jurisdictione magistratuum municipalium, ut in *L. ult. D. de jurisdict.* & in d. *L. 6. D. de tutel. tutoris dationem neque esse imperii, neque esse jurisdictionis*: id est, non competere jure magistratus, sive imperium habeat, ut Praetor; sive jurisdictionem tantùm habeat, ut magistratus municipalis. Quanquam ita facilè constare potest de vera interpretatione hujusce *leg. 4.* repetitâ ex inscriptione, ut *positivè* sumi debeat; apertiùs tamen constabit, si ostendamus, non posse sumi comparativè. Quaecunque sunt imperii mixti, sunt aequè imperii, & jurisdictionis; sunt tam imperii, quàm jurisdictionis; & tam jurisdictionis, quàm imperii: veluti restituere in integrum, est impe-

rii, d. *L.* 26. *D. ad municipalem*: ſed eſt etiam juriſdictionis, *L. ult. C. ubi, & apud quem reſtitut. in integr.* Imperium magiſtratûs in eo verſatur, quòd reſcindit id, quod factum eſt, quaſi factum non eſſet. Juriſdictio magiſtratûs in eo eſt, quòd cognoſcit, an reſtituere debeat. *L. in cauſae.* 16. §. *ult. D. de minorib.* Utrumque facit magiſtratus pro mixto imperio, pro imperio, cui ineſt juriſdictio. *L.* 3. *D. de juriſdict.* vel quod cohaeret juriſdictioni, *L. ult. D. de offic. ejus cui, mandat. eſt juriſdict.* Cùm cognoſcit magiſtratus, an reſtituere debeat, haec cognitio non eſt magis juriſdictionis, quàm imperii; cùm reſtituit in integrum, haec reſtitutio non eſt magis imperii, quàm juriſdictionis: utrumque eſt imperii mixti; utrumque facit magiſtratus pro imperio, & juriſdictione ſui magiſtratûs. Ita judicis datio eſt imperii, d. *L. cùm Praetor.* 12. *D. de judiciis*: ſed eſt etiam juriſdictionis, d. *L.* 3. *D. de juriſdict.* Jubere caveri Praetoriâ ſtipulatione, eſt imperii, hac *L.* 4. ſed eſt etiam juriſdictionis, *L.* 5. *D. de verbor. obligat. L.* 1. in fin. *D. de ſtipulat. praetor.* Mittere in poſſeſſionem eſt imperii, hac *L.* 4. & d. *L.* 26. *D. ad municipal.* ſed eſt etiam juriſdictionis, *L.* 1. & *L.* 4. §. *duas. D. de damn. infect. L.* 1. *D. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.* Bonorum poſſeſſio eſt imperii, *L.* 3. *D. de juriſdict.* ſed eſt etiam juriſdictionis. §. *ſed eas. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* Imperium Praetoris verſatur in novi operis nuntiatione, d. *L.* 7. §. *ſi paciſcar. D. de pact.* ſed & juriſdictio quoque verſatur, *L.* 1. §. *& poſt, de oper. novi nuntiat.* Quaecunque igitur ſunt imperii mixti, ſunt aequè imperii, & juriſdictionis: quodcunque facit magiſtratus, facit jure ſui magiſtratûs, *L.* 1. *D. de officio ejus, cui mandat. eſt juriſdict.* At jure magiſtratus habet imperium, quod ſequitur ipſum magiſtratum, ut eſt apud Dionyſium Halicarnaſſ. uſpiam, & in d. *L. poteſtatis.* 215. *D. de verb. ſign.* id eſt, imperium mixtum, ſive imperium & juriſdictionem: non aliò jure habet imperium, aliò jure juriſdictionem. Quodcunque igitur facit, ſive reſtituat in integrum, ſive det judicem, ſive mittat in poſſeſſionem, ſive det bonorum poſſeſſionem; facit pro imperio, & juriſdictione: ita ut nihil magis imperii, quàm juriſdictionis; & nihil magis juriſdictionis, quàm imperii dici poſſit. Si quidquam eſt magis juriſdictionis, quàm imperii, eſt judicis dandi licentia, d. *L.* 3. *D. de juriſdict.* ſed in judicis datione imperium Praetoris verſatur, cùm jubet, aut vetat judicare, d. *L.* 12. *D. de judic. L. judicium.* 59. & *L. de qua.* 74. *D. eod.* cùm imponit neceſſitatem judicandi, *L. ult.* §. *judicandi. D. de munerib. & honorib.* atque ita judicis datio non eſt magis juriſdictionis, quàm imperii. Si quidquam eſt magis imperii, quàm juriſdictionis, illud eſt, cùm magiſtratus jubet in carcerem duci, *L.* 2. *D. de in jus vocand.* cùm pignus capit, corpus retinet, *L. ſacrilegi.* 9. §. *cum eo, D. ad leg. Jul. peculat.* At illud facit magiſtratus ad tuendam juriſdictionem ſuam, *L.* 1. §. 1. & §. *quid ergo. D. de inſpiciend. vent.* & ita non minus eſt juriſdictionis, quàm imperii. Denique in mixto imperio nihil eſt, quod magis imperii, quàm juriſdictionis, aut magis juriſdictionis, quàm imperii dici poſſit.

An.

An magistratus in jurisdictione voluntaria possit se subjicere alii magistratui aequalis, vel inferioris potestatis.

CAPUT V.

ULPIANUS in L. est receptum. 14. *D. de jurisdict.*

Est receptum, eôque jure utimur, ut si quis major, vel aequalis subjiciat se jurisdictioni alterius, possit ei, & adversùs eum jus dici.

CUJACIUS in secunda expositione tit. *D. de jurisdict. ad L.* 14. *Voluntariam jurisdictionem magistratus*, nec in magistratum volentem, qui par, aut major sit, exercere potest: *ut puta, Praetor non potest manumittere, vel adoptare, vel emancipare apud collegam, qui actus sunt voluntarii, & exercentur inter eum qui vult manumittere, & eum, qui vult manumitti emancipare & emancipari, adoptare vel adoptari. Denique haec sunt voluntariae jurisdictionis, & tamen haec Praetor apud collegam exsequi non potest.* L. apud filium, §. 1. de manumiss. vindict. *& ratio est, quia apud seipsum haec exsequi potest, apud seipsum servum manumittere, aut filium emancipare, apud seipsum extraneum in locum filii adoptare*, L. 5. D. de manumiss. vindict. L. 4. D. de adoptionib. L. 2. de offic. Praesid.

Idem CUJACIUS aliter in prima expositione *tit. D. de jurisd.* ad *L.* 14. *Nunc dico, si quis major, vel aequalis suâ sponte adeat minorem Magistratum manumittendi causâ, (neque enim potest hoc exsequi per procuratorem) non magis sibi faciet injuriam, hoc est, suam majestatem minuet, quàm si litiget per se. Hoc verò non prohibetur, hoc est, litigare potest; ergo nec illud, injuriae illius metu: igitur* in majorem, vel aequalem Magistratum nullam esse jurisdictionem contentiosam, vel voluntariam, nisi se ei subjiciat.

MERILLIUS.) Satis constat, Magistratum se posse subjicere jurisdictioni alîus Magistratus aequalis, vel etiam inferioris potestatis, in jurisdictione contentiosa: puta, ut apud eum actiones moveat, litiget, jusque suum persequatur. Sed dubium esse potest, an idem sit in jurisdictione voluntaria: puta, cùm legis actiones exercentur, *L.* 2. *D. de offic. Praesid.* Cujacius in *secunda exposit. tit. D. de jurisdict.* existimat, Magistratum parem, aut minorem non posse voluntariam jurisdictionem exercere in alium Magistratum, licèt volentem: & ita intelligit *L. apud.* 14. *D. de manumissionib.* & *L. apud.* 18. *D. de manumiss. vindict.* ut Praetor ne volens quidem apud Praetorem possit servum suum manumittere; & rationem istam subjicit, quòd Praetor apud seipsum id facere possit; frustra igitur apud alium faciat, quod apud seipsum facere potest. Tum quia minuitur dignitas Magistratùs, si se alîus aequalis, inferiorisve jurisdictioni subjiciat. Verùm in *prima exposit. ejusd. tit. de jurisdict.* aliter

sensit, Magistratum posse apud alium Magistratum parem, minoremve; legis actiones exercere; seque posse ipsius jurisdictioni subjicere: quod magis probarem; idque suadent verba hujusce *L. 14. ut ei possit, & adversùs eum jus dici.* Ei jus dicitur, puta, in jurisdictione voluntaria: in eum jus dicitur, puta, in jurisdictione contentiosa. Et quidem si Magistratus se se alteri subjicere potest in jurisdictione contentiosa, ubi adversùs eum invitum, & nolentem judicium redditur; multò magis in jurisdictione voluntaria, ubi non nisi volenti jus redditur. Nec magis minuitur dignitas Magistratûs, si se in hac, vel illa jurisdictione alii subjecerit. Non movet, quod in d. *L. 14. D. de manumissionib.* & d. *L. 18. D. de manumiss. vindict.* Praetor non possit apud Praetorem manumittere, aut emancipare: ita enim debent intelligi, nisi se Praetor collegae jurisdictioni subjecerit. Non movet etiam, quòd cùm Magistratus apud seipsum legis actiones exercere possit, eas frustra apud alium exerceret: quid enim, si legis actiones apud alium, quàm apud seipsum exercere malit? istamne potestatem adimemus Magistratui, quae cuivis alii conceditur?

An poena, quae imponitur ei, qui jus dicenti non obtemperavit, actori, vel fisco, vel utrique vindicetur.

CAPUT VI.

ULPIANUS in L. unic. §. ultim. D. si quis jus dicenti non obtemperaverit.

HOc judicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur; & cùm meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.

CUJACIUS in repetita praelectione ad *L. unic. D. si quis jus dicenti non obtemperaverit.*

Ea poena, quam statuerit Judex eâ de re aditus, utrique partienda erit, inter actorem, & fiscum; ut plerumque fit in popularibus actionibus, L. lege Cornelia, de SCto Sillan. *vel ut Accursius tentavit, tota cogenda erit in fiscum, ut quandoque poena actionis popularis tota in publicum redigitur,* L. ultim. inf. de term. moto.

Idem CUJACIUS aliter in prima expositione ad *L. unic. D. si quis jus dicenti non obtemp.*

Haec actio datur adversario in adversarium; non est dicendum dari fisco; non est dicendum duas dari, unam fisco, alteram adversario, ut malè Accursius: sed datur haec actio adversario in adversarium, qui jus dicenti non paruit.

Idem CUJACIUS *lib. 24. observat. cap. 25.* in fine, nihil definit.

ME-

MERILLIUS.) Hoc edictô proponitur poenale judicium, seu poenalis actio adversùs eum, qui jus dicenti non obtemperaverit; cùm rem restituere jussus fuerit, eamque non restituerit: & datur quanti ea res est, non quanti interest actoris. Proinde licèt actor nullum jus in re petita habuerit, aut reus se exceptione tueri potuerit; is, qui non paruit jus dicenti, tenetur quanti ea res est: eaque actio non utilitatem actoris, sed meram poenam continet. At quaestionis est, an poena, quae hoc edictô proponitur, fisco vindicetur, vel actori, an inter fiscum, & actorem partienda sit. Cujacius in *secunda expositione hujus legis*, ait, utrique partiendam esse, id est, inter actorem, & fiscum esse dividendam, vel totam esse cogendam in fiscum. Et *lib. 24. observat. cap. 25.* in fin. dubitanter ait, partiendam esse, vel inter fiscum, & actorem; vel inter actorem, id est, eum, qui egit populari actione, & eum, cui res restituta non est. At verò in *prima expositione*, ait dari poenam adversario in adversarium: puta, actori in reum, vel reo in actorem, & non dari fisco. Quam interpretationem magis admitterem: quia in §. *ult. hujusce leg.* poena mera utilitati actoris opponitur, quasi actor non utilitatem, seu id, quod interest, sed poenam meram istâ actione consequatur. Praeterea, ut in poenali judicio, quod datur adversùs libertum, qui absque venia patronum in jus vocaverit, poena quinquaginta aureorum patrono datur, *L. si libertus. 12. D. de in jus vocand.* Ita ex hoc edicto poena ei dari debet, cui res non est restituta: ut etiam poena ei datur, qui in possessionem admissus non fuerit, *L. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, qui in possess.* Denique ubi poena edictô definita non est, eam actor aestimat, seu quanti ea res est, *L. penult. D. ne quis eum, qui in jus vocab.* At quorsum actor poenam aestimaret, nisi ipsi inferretur? Potiùs ergo dicendum videtur, poenam, quae hoc edictô proponitur, adversario esse inferendam, quàm fisco, aut inter utrumque esse partiendam. Non movet, quòd in popularibus actionibus poena quandoque fisco vindicatur, aut inter actorem, & fiscum dividitur: Nam actio, quae hoc edicto proponitur, non est popularis, ut nec poenale judicium in factum, quod datur adversùs libertum, qui patronum in jus vocaverit, d. *L. 12. de in jus vocand.* In popularibus actionibus, cuivis è populo agere permittitur; at ista actio datur tantùm adversario in adversarium, hac *L. unic. §. penult.* Non movet etiam, quòd ut actio albi corrupti popularis est, quâ vindicatur contempta dignitas Magistratûs, *L. si quis. 7. D. de jurisd.* Ita & actio, quae hoc edictô proponitur, popularis esse videatur: quia & hujusmodi actione contemptâ Magistratûs dignitas vindicatur. Etenim actio albi corrupti popularis est, quia publicè interest, non corrumpi album Praetoris, ex quo Praetor jus cuique dicere debet: at non ita publicè interest, rem petitam non restitui, ut popularis actio detur adversùs eum, qui non restituerit.

An pactum sit genus, vel species conventionis.

CAPUT VII.

ULPIANUS in L. 1. §. conventionis, D. de pact.

Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigendique causâ consentiunt, qui inter se agunt.

CUJACIUS in *paratit. D. ad tit. de pact.*
Transactio est species, pactum genus; *cujus definitio, ut sit duorum, pluriumve in idem placitum consensus, id est, nihil nisi consensus: ut in definitione legati, Donatio testamentô relicta, id est, non nisi testamentô.*
Idem CUJACIUS aliter ad *tit. D. de pact. in L. 1. §. conventionis.*
Pacti igitur nomine expositô, reliqua erat conventi explicatio: & pactum quidem (*ut diximus*) species est, *conventum genus; Nam & pacta, & contractus, conventa, sive conventiones sunt.*

MERILLIUS.) Probarem magis, pactum dici debere speciem conventionis, quâm genus. Conventionis nomen generale est, quod continet contractus nominatos, & innominatos, *L. jurisgentium. 7.* in princ. *D. de pact.* atque etiam pacta nuda continet, quae sunt tantummodò pacta, & remanent in nomine conventionis, & placiti fine stant, *L. si tibi. 27. C. de locat. & conduct.* Pactum ut est pactum nudum, est species conventionis; non est genus: nec transactio est species pacti, sed contractûs innominati, *L. cum mota. 6. C. de transactionib.* & pactum nudum non est, cùm aliquid datur, *L. legem. 10. C. de pact.* cùm subest aliqua causa dationis, vel facti, d. *L. 7. D. de pact.* sed est contractus innominatus.

An pacta incontinenti apposita contractibus stricti juris, insint etiam ex parte actoris.

CAPUT VIII.

ULPIANUS in L. Jurisgentium. 7. §. quinimò, D. de pact.

Quinimò interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis; solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis.

CUJA-

CUJACIUS *lib.* 10. *observationum cap.* 24.

Docui in L. jurisgentium, § quinimò, D. de pact. *malè quosdam colligere ex* L. petens. C. eod. tit. *pactum ex continenti adjectum stipulationi inesse ex parte actoris; quòd loquatur* L. petens, *de stipulatione adjecta pacto, non è converso, de pacto adjecto stipulationi: & rectè, stipulatio enim, adjecta pacto obligat, pactum adjectum stipulationi non obligat. Et hac in re distat stipulatio maximè à contractu bonae fidei; pactum enim emptioni adjectum ex continenti obligat*, L. venditor, D. commun. praedior. *& si obligat, ex eo etiam competit actio, ut ait* L. in bonae fidei, C. de pact. *non quidem propria actio quaedam, sed actio empti venditi; format enim & praeparat pactum actionem ipsam ex vendito, vel ex empto, potiùs quàm pariat novam.*

Idem CUJACIUS aliter in prima expositione *L. lecta est. D. de reb. credit.*

Posterior ratio haec est, quia etiamsi concedamus illi; si demus, inquit, quod ille existimabat, pactum statim subjectum stipulationi prodesse tantùm debitori ad exceptionem, & ipsô jure primâ pensione non solutâ sortem totam peti posse: etiamsi hoc demus, quod tamen non obtinuit; quoniam ipsô jure pactum inest stipulationi, & stipulationem transformat statim.

MERILLIUS.) Conventiones considerantur vel ut sunt contractus, vel ut apponuntur in ipsis contractibus; vel ut apponuntur ante, vel statim post contractum, vel ut apponuntur ex intervallo post contractum. Siquidem apponantur contractibus bonae fidei, partem faciunt contractûs, & pariunt actionem ex eo contractu, cui insunt, *L. venditor.* 13. *D. com. praedior. L. contractus.* 23. *D. de regul. jur.* Idem est, si ante, vel statim post contractum, seu incontinenti apponantur contractibus bonae fidei, *L. in bonae fidei.* 13. *C. de pact.* & hac *L.* 7. §. *quinimò*. Sed ex hoc, quod Ulpianus dixerit, pacta incontinenti apposita bonae fidei judiciis inesse ex parte actoris, seu proficere ad actionem; plerisque aliter visum est in contractibus stricti juris, veluti mutuô, & stipulatione. Stephanus Graecus Interpres ad *L. rogasti.* 11. §. *si tibi decem. D. de reb. credit.* scripsit pacta in contractibus stricti juris incontinenti apposita, inesse tantùm ex parte rei, non ex parte actoris; id est, proficere tantùm ad exceptionem, non etiam ad actionem. Cujacius hanc Graeci Interpretis sententiam secutus est in *exposit. hujus tit. ad L.* 7. *in* §. *quinimò*, & *lib.* 10. *observationum cap.* 24. quae pluribus rationibus juvari potest. Prima est, quam Stephanus colligit ex d. *L.* 11. *D. de reb. credit.* si tibi decem dedero, ut undecim debeas, amplius quàm decem peti non posse: scilicet, quia pactum mutuo adjectum non insit ex parte actoris: si tibi decem dedero, ut novem debeas, non nisi novem peti posse: scilicet, quia pactum insit ex parte rei. Alia ratio petitur ex verbis Ulpiani in §. *quinimò*: cùm enim ait, pacta incontinenti adjecta bonae fidei judiciis inesse ex parte actoris, aliud videtur constituere in contractibus stricti juris: ut pacta ipsis adjecta incontinenti non insint ex parte actoris: veluti aliâs saepè judiciorum bonae fidei factâ mentione, judicia stricti juris excluduntur. *L. mora.*

mora. 32. §. *in bonae fidei*, *D. de usur. & fructib. L. in actionibus.* 5. *D. de in litem jurand.* Tertiò, in *L. lecta est.* 40. *D. de reb. cred.* pactum incontinenti stipulationi adjectum inest tantùm ex parte rei, ut exceptio ipsò jure insit; non etiam ex parte actoris, ut agere possit. Latini Interpretes, & Accursius ad hunc §. *quinimò*, aliter sentiunt; pacta incontinenti apposita contractibus stricti juris, veluti stipulationi, inesse ex parte actoris, & ex parte rei, eorumque sententiam Cujacius secutus videtur in *prima expositione* d. *L.* 40. *D. de reb. credit.* ubi ait, pactum incontinenti stipulationi adjectum *ipso jure inesse stipulationi, & stipulationem transformare confestim*. Quod si verum est, pactum incontinenti stipulationi adjectum inerit etiam ex parte actoris: & hoc magis admitterem. Et probatur manifestò ex *L. petens.* 27. *C. de pact.* ex stipulatione agi posse, sive antecessit pactum, sive postea secutum est. Propter pactum datur actio, quod stipulationem secutum est, quasi stipulationi insit; Igitur pactum, quod incontinenti stipulationi adjectum est, etiam ex parte actoris inest. Si quae dubitatio est, cur pactum stipulationi adjectum non insit ex parte actoris; ea est, quòd non continetur verbis stipulationis, & sequatur stipulationem: at nihilominùs parit actionem, d. *L.* 27. *C. de pact.* Praettereà, sententia Pauli obtinuit, in d. *L.* 40. *D. de reb. credit.* qui dicebat, pactum incontinenti stipulationi adjectum inesse stipulationi; at si inest, non minus inest ex parte actoris, quàm ex parte rei: Nam idem est pactum inesse contractui, & contractu contineri, hac *L.* 7. §. *adeo*, & *L. pacta.* 72. *D. de contrahend. emption.* Sed cùm pactum contractu continetur, ex eo agi potest, d. §. *adeo*: igitur si pactum insit stipulationi, inerit etiam ex parte actoris. Et quaenam esset ratio diversitatis, ut pactum inesset ex parte actoris, & impediret actionem; & non inesset ex parte actoris, ut actionem pareret? At in d. *L.* 40. debitor propter pactum incontinenti adjectum stipulationi, tutus fuit exceptione ipsò jure; ita ut creditoris actionem impediret. Si pactum ita transformat stipulationem, ut actionem impediat; ita etiam transformare debet, ut actionem pariat: si inest ex parte actoris, ut actionem non habeat, inest etiam ex parte actoris, ut ad actionem proficiat. Denique Paulus in d. *L.* 40. *D. de reb. credit.* ait, pactum incontinenti stipulationi adjectum, perinde valere, ac si P. Maevius stipulatus esset: sed si P. Maevius stipulatus esset, ex stipulatione agere potuisset: igitur ex pactò incontinenti adjectò agere potuit. Finge, P. Maevius stipulatus erat à Titio quindecim millia reddi post annum; postea incontinenti pactum stipulationi adjectum est, ut Titius quindecim millia Kalendis proximis redderet: Ex hoc pacto Maevius adversùs Titium agere poterit, & quindecim millia Kalendis proximis petere; quia pactum incontinenti adjectum perinde est, ac stipulatio: id est, non minus inesse creditur stipulationi, quàm si stipulationis verbis comprehensum esset. Et ut pactum incontinenti adjectum stipulationi parit actionem ex stipulatione: ita pactum incontinenti adjectum mutuo parit actionem. *L. frumenti.* 12. *C. de usur.* Nec quidquam interest, si in ipsa datione fructuum accessionem praestari conveniat; an statim post dationem. Igitur sive pacta incontinenti stipulationi adjecta sint, sive mu-

tuo

tuo, etiam ex parte actoris insunt. Non movet in contrariam sententiam ratio Stephani Graeci Interpretis, ex d. *L. 11. D. de reb. credit.* Titius decem Maevio dedit, & convenit, ut Maevius undecim redderet; Titius non nisi decem petere potest: non quia pactum non insit ex parte actoris, sed quia mutuum re contrahitur, nec pacto potest contrahi ultra, quàm datum est, *L. si tibi. 17. D. de pact. L. cùm ultra. 9. C. de non numerat. pecun.* Nisi in iis rebus, quarum pretium incertum est, d. *L. 12. & L. oleo. 23. C. de usur.* at semper pecuniae aestimatio certa est. Finge praeterea, Titius decem dedit Maevio, & convenit, ut novem redderet; Titius non nisi novem petere poterit: non quia pactum insit ex parte rei, sed quia Titius Maevio novem credendi animô, & reliquum donandi animô dedisse intelligitur. Non movet etiam, quod Ulpianus in hoc §. differentiam quandam signare voluerit, inter contractus bonae fidei, & contractus stricti juris: quia differentia non est inter hos, & illos contractus, circa pacta incontinenti apposita, quae insunt contractui; eòdem enim modô insunt, & ex parte actoris, & ex parte rei. Sed est differentia circa pacta ex intervallo apposita, quae quandoque insunt contractibus bonae fidei, hac *L. 7. §. adeo*, & d. *L. 72. D. de contrah. empt.* At nunquam ex intervallo inesse possunt contractibus stricti juris, puta, mutuo, stipulationi. Non est differentia, quòd aliter insint his, & illis contractibus, sed est differentia, quòd quandoque contractibus bonae fidei ex intervallo facta inesse possint; nunquam verò ex intervallo contractibus stricti juris inesse possint. Denique in d. *L. 40. D. de reb. credit.* pactum incontinenti factum stipulationi inesse creditur, id est, perinde habetur, ac si stipulatione comprehensum esset; igitur non minus ex parte actoris, quàm ex parte rei inest.

An procurator ex re domini sibi stipulando; domino acquirat actionem.

CAPUT IX.

PAPINIANUS in L. quod procurator. 68. D. de procuratoribus.

Quod procurator ex re domini, mandatô non refragante stipulatus; invitô procuratore dominus petere potest.

CUJACIUS ad lib. 3. Responsor. Papiniani, in *L. quod procurator. 68. D. de procuratorib.*

Apparet loqui Papinianum de procuratore, qui sibi stipulatus est ex re domini; alioqui non posset cedere actionem: & cessionis significatio inest illis verbis, invitô procuratore: *atque ideo non loqui Papinianum de procurato-*

re, qui domino stipulatur. Et postea. *Tota quaestio est de procuratore, non qui domino stipulatur, sed qui sibi stipulatur*.

Idem CUJACIUS aliter in *tit. de verbor. obligat. ad L. si procuratori*. 79.

Per liberam personam nonnunquam utiles actiones parantur nobis, si quid sibi procurator praesentis stipuletur: quod ita intelligendum est, si ex re, & ex negotio domini stipuletur. Alioquin, si quid extra rem domini sibi stipuletur, dominô praesente; nullam ei parabit actionem, nec etiam res procuratoris quidquam habet commune cum re domini; & ob id rectè mihi videtur à quibusdam accepta de procuratore praesentis, L. quod procurator, sup. de procuratorib.

Idem scripsit in not. Digestor. ad *L*. 68. *D. de procuratorib.*

MERILLIUS.) Graeci Interpretes hanc *L*. 68. intelligunt de procuratore, qui ex re domini, sibi non domino dari stipulatur. Finge: Titius procurator Maevii pecuniam foeneravit Sempronio, & usuras hujus pecuniae sibi dari stipulatus est. Graeci legunt, insertâ negatione, Maevium usuras hujus pecuniae petere non posse, nisi Titius Maevio actiones mandaverit. Graecorum sententiam refert Cujacius ex *lib*. 8. *Basilicῶν*, *tit*. 2. *in recitationib. ad lib*. 3. *Respons. Papiniani*, ex quo sumpta est d. *L*. 68. eamque multis rationibus tuetur: sed praecipuae sunt, quòd per liberam personam actio nobis acquiri non potest, *L. solutum*. 11. §. *per liberam*. *D. de pign. act. L. stipulatio*. 38. §. *alteri*. 17. *D. de verb. oblig. L. quaecunque*. 11. *D. de obligat. & actionib.* Tum quia haec verba, *invito procuratore*, inferunt cessionem actionum: at si procurator domino stipulatus esset, non posset cedere actiones. Igitur dicendum est, procuratorem sibi, non domino stipulatum fuisse, & dominum petere non posse, quod in stipulationem deductum est; nisi procurator domino actiones cesserit. Latini verò Interpretes aliter hanc *L*. 68. intelligunt de procuratore, qui ex mandato, & ex re domini, ipsi domino praesenti dari stipulatur. Finge: Titius procurator Maevii praesente Maeviô, nec refragante, aut vetante, dedit mutuam pecuniam Maevii, & stipulatus est usuras: Maevius invitô Titiô usuras pecuniae petere poterit; (ita legunt, ut in Pandectis Florentinis, absque negatione,) invitô Titiô, id est, etsi Titius Maevio actiones non cesserit. Ratio illorum est, quòd cum praesens fuerit Maevius, ei utilis actio ex stipulatione acquiratur. *L. si procuratori*. 79. *D. de verb. oblig.* Nec enim sufficit Titium ex re Maevii stipulari, ut ei acquirat; sed & praesentem esse Maevium, d. *L*. 79. nec mandatum refragari, hac *L*. 68. id est, Maevium non vetare, aut contradicere. Latinorum sententiam retulit Accursius ad hanc *L*. 68. eamque probat Cujacius in *exposit. tit. de verbor. obligat.* ad d. *L*. 79. & in *notis Digestorum*, ad hanc *leg*. 68. quam & magis probarem: quia licèt regulariter per procuratorem nobis actio non acquiratur, tamen quandoque acquiritur, *L. per procuratorem*. 72. *D. de procuratorib.* ut in stipulationibus Praetoriis, *L. in omnibus*. 5. *D. de stipulat. Praetor.* Sed hac potissimùm ratione, quòd Graeci negationem inferant in d. *L*. 68., quae deest

in

in Pandectis Florentinis, & aliis Codicibus vulgatis: nec temerè negationes, quae contrarium sensum inducunt, sint admittendae.

An pater in causa filii jus dicere possit, vel contra.

CAPUT X.

AFRICANUS in L. in privatis. 77. D. de judiciis.

IN privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.

CUJACIUS *tract. 3. ad African. ad L. in privatis. 77. D. de judiciis.* *Non tam de* judice dato accipio, quàm de magistratu, *quem judicem appellari frequentissimum est; ut in privatis litibus filium, qui magistratum gerit, pater judicem habere possit; & contra filius patrem.* Scio *alterum in alterius re judicem dari, vel arbitrum sumi.* L. 6. D. de recept. qui arbitr. *sed etsi magistratus sit, in re patris, aut filii eum judicare, vel jus dicere posse ajo; nec quidquam in hac re inter judicare, & jus dicere, esse.*

Idem CUJACIUS aliter in *exposit. tit. de judiciis, ad L. in privatis. 77.*

Obstat L. qui jurisdictioni, sup. de jurisdict. *sed respondetur eam legem loqui non* de judicando, *sed* de jure dicendo; *plus enim est jus dicere; sicut plus est magistratum esse, quàm judicem. Nam magistratus jurisdictionem habet, judex non item; magistratus est honos, judicis officium est onus: nam judices de qua re cognoscunt, etiam pronuntiant*, L. de qua re. hoc tit. L. qui jurisdictioni, *est de jure dicundo. Dici etiam potest, patrem filio jus dicere posse, & contra: nam* L. qui jurisdictioni, *non ait* non posse, *sed* non debere; *quod verbum non semper potestatem adimit.*

Idem CUJACIUS in not. Digest. ad *L. 77. D. de judiciis.*

Pater judicare potest, at jus dicere non potest: judicare potest ex hac L. 77. jus dicere non potest, d. L. 10. de jurisdictione.

MERILLIUS.) Graeci Interpretes hanc *L. 77.* videntur accepisse tam de magistratu, quàm judice datò: scilicet, ut pater magistratus, aut judex datus à magistratu, possit jus dicere, aut judicare in causa filii, & contra: sed tamen parcissimè. *L. SCto. 16. D. de offic. Praesid.* Graecorum sententiam refert, & probat Cujacius *tract. 3. ad African. ad L. 77.* & quidem juvari potest, quòd ut magistratum gerere est munus publicum, *L. filiusfamilias. 9. D. de his, qui sui, vel alieni juris.* Ita & judicare, *L. quippe. 78. D. de judic.* Tum quia filius patri possit jus dicere, eum-

que cogere, ut suspectam hereditatem adeat, *L. ille*. 13. §. 2. *D. ad SCtum Trebellian.* & pater vicissim filio jus dicere possit, si filium apud se emancipaverit, vel in adoptionem dederit. *L.* 4. *D. de adoptionib.* Latini Interpretes cum Graecis in hoc consentiunt, ut pater filium, vel filius patrem, judicem habere possit; in civilibus negotiis, non in criminalibus. Sed quidam ex Latinis hanc *L.* 77. intelligunt tantùm de judice dato, ut pater judex dari possit in causa filii; non de magistratu, ut pater filio jus dicere possit. Utramque interpretationem affert Cujacius in *exposit. tit. de judiciis*: sed in *notis Digestor.* magis probat, ut pater in causa filii judicare possit, hac *L.* 77. non jus dicere, d. *L.* 10. *D. de jurisd.* Idque magis videtur admittendum, si quidem haec inter se differunt judicare, & jus dicere, *L. unic. C. ne quis in sua caus. judic. vel jus dicat.* Magistratus jus dicit; Judex datus à Magistratu judicat. Magistratus habet jurisdictionem; Judex simplicem notionem, *L.* 5. *D. de re judicat.* & *L. notionem.* 99. *D. de verbor. significat.* Magistratûs jurisdictio libera est, qui potest actionem denegare, vel actionem dare cum exceptione, *L. sed etsi.* 26. §. *ait Praetor*. *D. ex quib. caus. major.* At judicem datum *formula includit, eique certos terminos ponit*. L. Seneca *lib.* 3. *de benefic. cap.* 7. & cogi potest, *L. de qua*. 74. *D. de judic.* Praeterea à judice dato appellatur ad Magistratum, *L. ultim. D. quis, & à quo appell.* At à Magistratu plerumque ad solum Principem appellatur. Magistratus cognoscunt in publicis judiciis, in gravioribus causis, *L. non distinguemus*. 32. §. *de liberali.* 6. *D. de recept. qui arbitr. receperunt*. Judices à Magistratibus dantur in *privatis negotiis*, ut hîc loquitur Africanus; seu *privatis judiciis*, ut Gellius *lib.* 14. *cap.* 2. Faciliùs igitur conceditur, ut pater in causa filii judicet, quàm ut ei jus dicat. Non movet, quòd filius jus dicit patri, cùm eum cogit, ut suspectam adeat hereditatem: ita enim jus potiùs in patrem, quàm patri jus dicit. Aliud est alicui, vel in aliquem jùs dicere. *L. est receptum.* 14. *D. de jurisdict.* Pater in causa filii potest esse arbiter: atque etiam judex datus à Magistratu; quia non nisi ex compromisso, vel ex formula judicare potest. At si jus diceret, suô arbitriô jus diceret, d. *L.* 26. *D. ex quib. caus. major.* Potest pater jus filio dicere in jurisdictione voluntaria, non in jurisdictione contentiosa, de qua *L.* 10. *D. de jurisdict.* debet intelligi. Neque id ferendum est, ut pater in causa filii jus dicere possit, vel judicare, hac *L.* 77. non tamen id facere debeat. d. *L.* 10. *D. de jurisdict.* Quod quidem subjicitur judicis potestati, ut possit facere, non subjicitur necessitati, ut facere debeat, *L. non quidquid.* 40. *D. de judiciis*. Sed quod subjicitur necessitati, ut facere non debeat, id facere non potest. Quod judex non debet facere, nec etiam facere potest; & quod non potest facere, nec etiam facere debet.

An

An Paulus decretum Adriani non probaverit, in L. cùm mater. 28. D. de inoffic. testam.

CAPUT XI.

PAULUS in L. cùm mater. 28. D. de inofficioso testamento.

CUm mater militem filium falsò audiisset decessisse, & testamentò alios heredes instituisset: Divus Adrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere; ita ut libertates, & legata praestentur. Hìc illud adnotatum, quod de libertatibus, & legatis adjicitur: nam cùm inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

CUJACIUS ad *tit. D. de liber. & postum. ad L. Titius.*
Id decretum probare Paulus non videtur *suò more. Decreti ratio haec fuit; quòd si mater filium vivere existimasset, filium, non extraneum instituisset: eademque (ut probabile est) à filio legata reliquisset: quae exigit, ut & in militis specie idem decernatur. Cùm tamen contra Gordianus scribat, totum militis testamentum infirmari. d.* L. sicut. *Quare novum est Adriani decretum, nec consentit cum juris nostri positionibus.*
Idem CUJACIUS aliter *lib. 10. observation. cap. 22.*
Non pugnat L. Papinianus, §. penult. *cum* L. cùm mater. D. de inoffic. testam., nec Adriani decretum à Paulo notatur. *Nam, ut Stephanus rectè interpretatur, decretum Adriani tunc locum habet, cùm non agit filius de inofficioso testamento: quandoquidem, ut est in fine* L. cùm mater, *si inofficiosum testamentum arguat, nihil ex eo testamento valet. Sed cùm agit, quasi ex tacita voluntate matris, quae si non errasset, heredem eum fecisset, conservantur libertates, & legata.*
Idem CUJACIUS in recitationib. ad *tit. D. de inoffic. testam. in hac L. 28.*

MERILLIUS.) Mater, quae filium militem in acie caesum existimabat, eum testamentò praeteriit, & alios heredes instituit; à quibus legata, & libertates reliquit. Postea filius ex acie rediens invenit se testamentò matris praeteritum, & testamentum matris ut inofficiosum arguit; quia ut exheredatis à patre querela inofficiosi competit, ita & praeteritis à matre, cujus praeteritio pro exheredatione est *L. filiam. 15. C. de inoffic. testam.* D. Adrianus de ea re cognoscens rescidit institutionem heredum, & filium heredem esse decrevit; sed legata, & libertates à filio praestari voluit, quae ab heredibus institutis relicta erant. Idque *adnotatum* fuisse, ait Paulus, quia cùm testamentum inofficiosum arguitur, nihil quidquam ex eo valere potest, *L. Papinianus. 8. §. penult. L. Titia 13.* sup. *hoc tit. L. nec fideicommissa. 36. D. de legat. 3.* Stephanus (is fuit judiciò Cujacii Graecorum Interpretum doctissimus, *tract. 8. ad African. in L. penult. D.* de

de reb. cred.) existimat in hac *L.* 28. filium non egisse querelâ inofficiosi testamenti, sed egisse ex tacita voluntate matris: quasi filium per errorem praeteriisset, quem aliàs instituisset, si superstitem esse scisset. Movetur ille, quòd si filius egisset querelâ inofficiosi; legata, & libertates non valerent, d. *L.* 13. sup. *hoc tit.* & d. *L.* 36. *de legat.* 3. At hic Adrianus decrevit legata, & libertates praestari: igitur dicendum, est filium egisse querelâ inofficiosi. Stephani sententiam probat Cujacius *lib.* 10. *observ. cap.* 22. quòd hîc filius non egerit querelâ inofficiosi, sed ex tacita voluntate matris: atque ideo Adrianus legata, & libertates praestari voluerit. Latini Interpretes aliter sentiunt, motam fuisse querelam: eorumque sententiam probat Cujacius in *recitationib. ad h. t.* in hac *L.* 28. & rejicit Stephani interpretationem. Quod quidem magis admitterem, cùm expressum sit in *L.* 27. sup. *hoc tit.* filium queri posse, si mater filium periisse existimans, alium heredem instituit. Praeterea filius non potuisset aliter testamentum matris impugnare, quàm instituta querela inofficiosi; & petitâ bonorum possessione litis ordinandae gratiâ. Denique praeteritio matris pro exheredatione est, d. *L.* 15. *C. de inoffic. testam.* Filius igitur praeteritus testamentô matris, ut exheredatus, agere potuit querelâ inofficiosi. Non movet quòd Adrianus legata, & libertates praestari voluerit, cùm de inofficioso actum esset: id enim decrevit adversùs communes regulas; & ideo cognitione Principis, ejusque decretô opus fuit, ut legata, & libertates praestarentur; quae jure praestari non poterant. Decreta sunt sententiae Principum in cognitionibus prolatae, *L. ult. D. de hered. instit.* puta, cùm Principes cognoscerent ad relationem, aut consultationem, aut appellationem magistratuum, Praesidumve. *L. verum,* 11. §. *ex facto. D. de minorib. L.* 1. §. 1. *D. de appellationib.* Symmachus *lib.* 10. *epist.* 52. *ad Theod. Facit plerumque ratio, aut fortuna causarum, ut in controversiis alter aequitate, alter jure nitatur: tunc humano labante consiliô, deliberatio cognitoris ad clementiae vestrae recurrit oraculum.* Ut hîc heredes jure nitebantur, quòd heredes essent instituti; filius contra aequitate nitebatur, quòd per errorem à matre praeteritus fuisset; & iniquum esset, filium à bonis maternis per errorem matris submoveri. Cognoscens Adrianus de ea quaestione, rescidit institutionem heredum ex tacita matris voluntate, quae filium superstitem praeterire noluisset; & ex tacita ejusdem matris voluntate libertates, legataque praestari voluit: quasi ea non minus à filio, quàm ab aliis heredibus relictura fuisset. Atque ita decretô, seu cognitione Principis opus fuit, ut heredum institutio rescinderetur, & rescissâ institutione, legata, libertatesque praestarentur: veluti in d. *L. ult. D. de heredib. instituend.* quae est ex *lib.* 1. *Decretorum Pauli, seu Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum.* Quidam ex Latinis interpretibus hanc *L.* 28. ita acceperunt, quasi probatum non fuerit à Paulo decretum Adriani; sed adnotatum, id est, reprehensum. Ex antiquis Azo, ex recentioribus G. Fornerius, *lib.* 2. *select. cap.* 16. Cujacius in *exposit. tit. D. de liber. & postum. ad L. Titius.* 25. Et quidem adnotare, est reprehendere. Cornel. Fronto, *Adnotat, qui notae quid adjicit.* Cùm ergo Paulus ait, fuisse adnotatum, ita intelligi potest, quasi fuerit reprehensum

sum

sum. Stephanus aliter sensit, ut ex eo refert Cujacius *lib.* 10. *observat. d. cap.* 22. & ad hanc *L.* 28. *in exposit. tit. D. de inoffic. testam.* & cum Stephano Cujacius ait, Adriani decretum à Paulo non notari. Utramque interpretationem retulit Odofredus ex antiquis Interpretibus: sed posteriorem magis probat, uti & nos magis probamus. Nam *adnotare* apud auctores nostros est *observare*. *L. si verò.* 64. §. *penult. D. solut. matrim. L. prospexit.* 12. §. 2. *D. qui, & à quib. manumiss. L. Fulcinius.* 7. §. *Celsus. D. ex quib. caus. in poss. eat.* & apud alios quoque auctores. Luc. Seneca *lib.* 7. *naturali quaest. cap.* 1. Plinius *lib.* 2. *epist.* 11. Cùm ergo Paulus ait, *adnotatum fuisse*, id est, *observatum*; quòd Adrianus cùm de inofficioso testamento actum esset, & heredum institutionem rescidisset, adversùs regulas juris libertates, atque legata praestari decrevisset.

Quomodò servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistant.

CAPUT XII.

PAULUS in L. 3. *D. de servitutib.*

SErvitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.

CUJACIUS in recitationib. ad *Tit. D. de servit. in L.* 3.

Quidam sic eam legem interpretantur; Aliae imponuntur à domino soli, aliae à superficiario; superficiarius enim jure praeteriò rectè imponit servitutes, sed haec opinio falsa est, quia haec verba, in superficie consistunt, *latiùs patent. Sic igitur interpretanda est;* in solo consistunt servitutes rusticae, in superficie servitutes urbanae. *L. servitutes.* 20. *D. de servitutib. urban. praedior. L. certo generi,* 13. *D. de servitutib. praedior. rusticor.*

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 21. Pauli ad Edictum, in *L.* 3. *D. de servitutib.*

Accursius fertur in aliam omnino interpretationem, ac primùm facit servitutum divisionem; sicque accipit, ac si saepè servitutes, quae in superficie consistunt, sint servitutes praediorum urbanorum; quae autem in solo consistunt, rusticorum praediorum. Malè, nam & servitus urbani praedii in solo consistere potest; *putà, ut mihi cloacam liceat immittere in tuas aedes, servitus est urbani praedii, auctore Cajo* 2. Instit. *quae tamen in solo consistit aedium mearum, in quo est cloacarum origo. Idemque erit, si iter per urbana praedia constituatur,* ut L. iter. D. comm. praed. *vel aquaeductus*, L. si ego. §. 1. D. de public. in rem act. *Contra*, servitus rustici praedii potest in superficie consistere; *puta, ut mihi liceat tollere altiùs praeto-*

rium

rium meum, & officere prospectui tuo, si tuum praetorium meo sit vicinum; ea servitus est rustici praedii; quae tamen in superficie consistit praetorii mei. Item si hoc agatur, ut vineis meis quamdiu in eo habitu fuerint, servitus deberetur; rustica est servitus: quae tamen in superficie est, quae est ex vitibus, non in solo consistit. d. L. certo.

MERILLIUS.) Plures interpretationes recipit haec *L.* 3. Primùm, ut qui dominus est soli, possit servitutem solo imponere; & superficiarius, seu qui dominus est superficiei, possit quoque in superficie servitutem imponere. Qui dominus est soli naturali ratione dominus est superficiei: *L. qui domum.* 50. *D. ad L. Aquil.* sed fieri potest, ut alius sit dominus soli, alius dominus superficiei, *L. hoc amplius*. 9. §. 4. *D. de damn. infect.* puta, si dominus soli superficiem, quam habet in solo, alii vendiderit, aut cesserit. *L.* 1. §. 1. *D. de superfic.* Ita igitur potest intelligi haec *L.* 3. ut tam dominus soli, quàm dominus superficiei, possit servitutem imponere: si dominus soli imposuerit, servitus in solo consistit; si dominus superficiei, consistit in superficie. Aliò modò intelligi potest haec *L.* 3. servitutes rusticas in solo, urbanas in superficie consistere. Servitutes rusticae in solo consistunt, veluti servitus itineris, aquaeductûs: urbanae in superficie, veluti si ex meo aedificio tignum, vel moenianum immittam in tuum aedificium. *L. servitutes.* 20. *D. de servitutib. praedior. urban.* Eam interpretationem probat Cujacius in *recitat. ad tit. de servitutib.* in hac *L.* 3. ut servitutes, quae in superficie consistunt, sint urbanae servitutes, quae in solo, rusticae. Idem tamen Cujacius ad *lib.* 21. *Pauli ad edictum*, in hac *L.* 3. ait, tam servitutes urbanas, quàm rusticas posse in solo, vel superficie consistere: Eaque est sententia Constant. Harmenopuli *lib.* 2. *Epitomes tit.* 4. §. 136. & Accursii ad hanc *L.* 3. quod & magis admitterem. Nam urbanum praedium alii praedio urbano potuit debere servitutem aquaeductûs; *fortè si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. L. si ego.* 13. §. 1. *D. de public. in rem act.* At ea servitus consistit in solo. Contra, rusticum praedium potest alii praedio rustico debere servitutem, ut ex sylva, quandiu erit sylva, pali, & pedamenta ad vineam capiantur. *L. certo.* 13. *D. de servitutib. praedior. rusticor.* at ista servitus in superficie consistit. Igitur tam urbanae, quàm rusticae servitutes in solo, aut superficie possunt consistere. Verùm consistunt non in solo, aut superficie praedii dominantis: sed potiùs in solo, aut superficie praedii servientis. Servitutes quidem urbanae, aut rusticae, ut dicantur urbanae, aut rusticae, denominationem suam accipiunt à praedio dominante, non à praedio serviente. Si urbano praedio debeatur servitus, est urbana servitus; licèt rusticum praedium debeat servitutem: si rustico praedio servitus debeatur, est rustica servitus, licèt praedium urbanum debeat servitutem. Non inspicitur praedium, quod debet servitutem, sed cui servitus debetur. Aliò modò servitutes tam urbanae, quàm rusticae, consistunt in solo, aut superficie, non praedii dominantis, sed praedii servientis. Servitus urbana tigni immittendi consistit in superficie praedii, quod debet servitutem; & possessione in eo

aedi-

aedificio retinetur, *L. servitutes*. 20. *D. de servitutib. praedior. urbanor.* Servitus rustica itineris consistit in fundo, qui debet servitutem; & ea parte consistit, quâ primùm iter determinatum est, *L. certo*. 13. §. 1. *D. de servitutib. praedior. rusticor.* Itaque servitutes denominationem suam accipiunt à praedio dominante, sed consistunt in praedio serviente. Veluti ususfructus est servitus personae, & denominationem suam accipit à persona, cui debetur servitus: & nihilominus consistit in praedio, quod debet servitutem, *L. 3. §. 1. D. de usufruct. & quemadmodum*. Non negaverim, servitutes deberi posse aut solo, aut superficio praedii dominantis, d. *L.* 13. in princ. *D. de servitut. praed. rustic.* Consistere nihilominus in praedio serviente. Aliud est deberi servitutes solo, aut superficio; aliud consistere in solo, aut superficie. Quaedam deberi possunt solo, aut superficio praedii dominantis; nullae consistere possunt in solo, aut superficie praedii dominantis: omnes consistunt in solo, aut superficie praedii servientis.

An servitute viae simpliciter legatâ, heredis, vel legatarii sit electio, quâ parte fundi constituatur.

CAPUT XIII.

CELSUS in L. si cui simpliciùs. 9. D. de servitutibus.

SI cui simpliciùs via per fundum cujusquam cedatur, vel relinquatur; in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit: civiliter modò: nam quaedam in sermone tacitè excipiuntur; non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cùm id aequè commodè per alteram partem facere possit; minore fundi servientis detrimentò. Verùm constitit, ut quâ primùm viam direxisset, eâ demùm ire agere deberet; nec ampliùs mutandae ejus potestatem haberet.

CUJACIUS in recitationib. ad tit. *D. de servitutib. in L. 9.*

Lex ista obtinebit in contractibus, L. si viae, *in legatis: suspectique, videntur haec verba*, vel relinquatur: *& probabile est esse cujusdam interpretis, non Celsi; ut ex variis locis apparet.*

Idem CUJACIUS aliter, lib 47. Pauli ad edictum, *in L. si via*. 26. *D. de servitutib. praed. rustic.*

Sententiae Pauli statim opponitur, quod Celsus scribit in L. 9. D. de servit. *Si cui simpliciter, vel (ut ibi est scriptum)* simpliciùs *per fundum via* relinquatur, *quod est, legetur. Vivi cedunt viam; morientes autem relinquunt legati genere, aut fideicommissi. Si cui, inquam, simpliciter per fundum* via legetur, legatario facultatem esse, *per quam ejus fundi par-*

tem viam munire, & ire agere velit. Et postea: *Ex veteri jure utrìque, haec adhibenda distinctio est: Aut servitus legata est per damnationem*, heres meus damnas esto illi viam dare, cedere, per fundum illum: *& hoc casu electio est heredis; quia & sermo dirigitur ad heredem: Aut legata est per vindicationem*, lego tibi viam per fundum meum; *& electio est legatarii, per quam partem ire agere velit.*

Idem CUJACIUS in notis Digestor. ad *L. 9. D. de servitutibus.*

Haec L. loquitur de servitute cessa, cùm ait, cedatur; *& de legata, cùm ait*, relinquatur. *Sed obstat* L. si via, *inf.* de servitutib. praedior. rusticor. *Dicendum est, quod & in aliis omnibus locum habet; cùm servitus legatur per vindicationem, ut hic electionem esse legatarii, quâ parte fundi servitutem constituat: cum per damnationem, ut in d.* L. si via, *heredis.*

MERILLIUS.). Titius Maevio cessit, vel reliquit testamentô servitutem viae, idque simpliciùs, id est, non demonstratâ parte fundi, quâ Maevius uteretur servitute. Quaeritur, an sit in arbitrio Titii, vel heredis, quâ parte fundi constituere velit servitutem; vel sit in arbitrio Maevii, quâ parte fundi uti velit servitute. Celsus ait in hac *L. 9.* Maevium posse decernere, & constituere, quâ parte fundi ire agere velit: modò id fiat minimô praedii servientis incommodô; neque enim ita licet uti servitute, ut fructus fundi laedantur, *L. qui sella. 7. D. de servit. praed. rustic.* Verùm ubi Maevius certâ parte fundi Titiani ire agere coeperit, aliae partes fundi erunt liberae, nec in his Maevius uti poterit servitute, *L. certo. 13. §. 1. D. de servitut. praedior. rusticor.* Igitur constat ex hac *L. 9.* emptorem, vel legatarium, cui simpliciter cessa est, vel legata servitus, non demonstratâ ullâ parte fundi; posse decernere, seu eligere, quâ parte fundi uti velit servitute. Obstare videtur maximè *L. si via. 26. D. de servitut. praedior. rustic.* ubi legatâ servitute viae, facultas est heredis, per quam partem fundi legatario velit constituere servitutem. Cujacius in *exposit. tit. D. de servitutib.* ait, hanc *L. 9.* obtinere in contractibus, d. *L. 26.* obtinere in legatis. Sed quia verbum, *relinquatur*, in hac *L. 9.* pertinet ad servitutes legatas, quae testamentô relinquuntur; id verbum rejiciendum existimat. Sed *lib. 47. Pauli ad edictum*, retinuit in hac *L. 9.* verbum, *relinquatur*, quasi cessa, vel legata fuerit servitus: cessâ, pactione aut stipulatione, legata, testamento. Atque ita non minus pertinere existimat *Leg. 9.* ad servitutes legatas, quàm ad servitutes contractibus constitutas. Verùm distinguit inter legatum vindicationis, & damnationis; puta, ut si legata fuerit servitus per vindicationem, legatarius habeat electionem, ut in hac *L. 9.* si verò per damnationem legata fuerit, heres habeat electionem, ut in d. *L. 26.* Differentiae ratio est, quòd cùm legatum per vindicationem relinquitur, servitus ipsô jure, & sine ullo factô heredis constituitur, & legatario adquiritur: & propterea legatarii est electio in hoc genere legati, quâ parte uti velit servitute. Cùm verò servitus per damnationem legatur, constituitur factô heredis: Paulus *lib. 3. sentent. tit. de legat.* & ideo heredis est electio in hoc genere legati per damnationem, quâ parte velit legatario

tario constituere servitutem. Et haec distinctio videtur admittenda potiùs, quàm ut haec *L.* 9. tantùm habeat locum in contractibus, & ut aliquid ex verbis legis rejiciatur.

An legatô fundô, aditione hereditatis confundantur servitutes; & an dominium rei legatae transeat in heredem, vel legatarium.

CAPUT XIV.

PAULUS lib. 31. *Quaestionum Papiniani notat in L.* 18. *D. de servitut.*

IN omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

CUJACIUS ad lib. 31. quaest. Papin. in *L.* 18. *D. de servitutibus.*
Fundi legati per vindicationem dominium rectà transit ad legatarium, ex morte testatoris; nec fit heredis; nisi sit legatum per vindicationem conditionalem, nam pendente conditione est hereditatis. *Igitur ita ponenda est species, ut praedium illud serviens, quod à me legavit, meum factum fuerit aditione; atque ita servitus interierit.*

Idem CUJACIUS alter, in recitationib. ad *tit. D. de servitutib. in L.* 9.
Notandum etiam est, non esse observandam distinctionem Accursii inter legata pura, & conditionalia: *quia lex non distinguit. Propterea*, quoquomodo res sint legatae, dominium transit in heredem. *Hoc etiam colligitur* ex L. si heredis. D. de legat. 1. *Quid ergo, dicet aliquis, nonne statim legatario acquiritur dominium ab adita hereditate? Hoc non est concedendum, sed ita demùm legatario acquiritur, si agnoverit: caeterùm posteaquàm agnovit, retrò videtur fuisse dominus.* L. proinde. 8. D. de reb. credit.

MERILLIUS.) Haec *Lex* 18. habet inscriptionem ex notis Pauli ad *lib.* 31. *quaest. Papiniani*. Ulpianus, & Paulus discipuli Papiniani, iidemque assessores in praefectura Praetoriana, notas ad eum scripserant; quae antea sublatae fuerant, *l. unic. C. Theodos. de respons. prudentum*: sed Justinianus eas restituit in *constitut. de concept. Digestor.* §. *sed neque*. Finge ad hanc *L.* 28. praedium Titii debebat servitutem praedio Maevii: Titius Maevium haeredem instituit, & praedium, quod debebat servitutem Maevio, legavit Sempronio. Maevius adiit hereditatem Titii; Sempronius à Maevio fundum legatum petiit. Scripserat fortè Papinianus confusam fuisse servitutem, cùm Maevius Titii hereditatem adiisset. Confunditur servi-

tus, cùm idem praedii dominantis, & servientis dominus esse coeperit. *L.* 10. *D. comm. praedior. L.* 1. *D. quemadmodum servitut. amitt. L.* 2. §. *penult. D. de heredit. vel act. vendit. L. legatarius.* 38. *D. de legat.* 1. Ratio hujus confusionis est, quòd res sua nemini servire potest; & ideo cùm Maevius aditâ hereditate Titii, factus fuerit dominus fundi Titiani; jam praedium Titianum praedio Maevii, qui utriusque fundi est dominus, servire non potest. Cùm igitur scripsisset Papin. confusam esse servitutem aditione; Paulus in *notis ad Pap.* subjecerat, quod est in hac *L.* 18. posse Maevium heredem Titii, Sempronio legatum fundum petenti, exceptionem doli mali opponere, nisi patiatur servitutem aditione confusam iterùm imponi, antequàm ei fundus tradatur: dolô enim malô facit Sempronius, qui petit fundum liberum servitute, qui legatus erat cum servitute. Verùm valde obstat, quòd dominium rei legatae ipsô jure, & rectà viâ ad legatarium transeat. *L. servo.* 69. *D. de legat.* 3. *L. à Titio* 64. *D. de fur.* adeo ut dominium rei legatae, nunquam penes heredem fuisse videatur. *L. sed si.* 9. §. *sed &c.* 4. *D. de peculio.* Nunquam igitur Maevius fuit dominus fundi Titiani, nec aditione confusa servitus, quam praedium Titii debebat praedio Maevii. Cujacius, ut hanc dubitationem amoveat, ad *lib.* 31. *quaest. Papiniani*, ait in hac *lege* 18. legatum fuisse conditionale, & Maevium pendente conditione factum dominum, atque ita aditione confusam fuisse servitutem. Quòd si legatum fuisset purum, nullô tempore Maevius fundi Titiani dominium habuisset. Quam distinctionem inter legatum purum, & conditionale, affert Accurs. ad hanc *L.* 18. Sed Cujacius in *tit. D. de servitutib.* ait, non esse observandam istam distinctionem inter legata pura, & conditionalia; quia lex ista non distinguit: & praeterea existimat, quoquomodo res legatae fuerint, dominium rei legatae transire in heredem: *quoquomodo*, id est, sive purum, sive conditionale fuerit legatum: vel sive legatum fuerit vindicationis, aut damnationis. Denique existimat, non aliter dominium rei legatae acquiri legatario, quàm cùm legatum agnoverit, ex *L. proinde.* 8. *D. de reb. credit.* Verùm putarem in hac *L.* 18. latere differentiam quae erat inter legatum vindicationis, & damnationis: Si enim res per vindicationem legata esset, licèt legatarius aliquò post tempore legatum agnosceret; à die aditae hereditatis dominus rei legatae fuisse videbatur: ita ut nullô momentô res legata heredis fuisse intelligeretur, d. *L.* 9. §. 4. *D. de pecul.* Sed & ante agnitionem legati per vindicationem relicti, illud ad heredes transmittebatur. Paulus *lib.* 3. *sentent. tit. de legat. L. nec semel.* 12. *D. quando dies legator.* At cùm legetum erat per damnationem, heres mediô tempore erat dominus rei legatae; antequàm legatarius legatum peteret, & petendo agnosceret. Et de hoc genere legati intelligi potest d. *L.* 8. *D. de reb. credit. L. is, cujus.* 85. *D. de furt.* atque etiam ista *L.* 18. ubi heres aditâ hereditate factus fuit dominus praedii legati: neque enim aliter confundi potuit servitus, quàm si heres dominus factus fuerit: At in legato vindicationis, nunquam dominus fieri potuit; Reliquum est igitur, ut dominus factus fuerit in legato damnationis.

An sit quaedam specialis certi condictio, vel tantùm generalis certi condictio.

CAPUT XV.

VLPIANUS in L. certi. 9. D. de reb. credit. si cert. pet. & de condict.

CErti condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodò praesens sit obligatio.

CUJACIUS in paratit. Digestor. ad *tit. de reb. cred.*

A vindicationibus transit ad condictiones, è quibus duae hoc tit. proponuntur. Una est certi condictio, quae datur in eum, cui res, vel pecunia certa credita est; id est, qui corpus vel quantitatem certam debet. Non adjicitur qua ex causa; proinde generalis, non specialis certi condictio, quae in hoc tit. dicitur actio, si certum petetur. Et postea.

Altera est, condictio ex mutuo, de qua praecipuè hoc tit. tractatur; nam & creditum propriè est mutuum; & his verbis significatur, & de condictione.

Idem CUJACIUS tract. 2. ad African. in *L. si eum servum. 23. D. de reb. cred.*

Nam & si titulus hic, de reb. credit. si cert. petat. & de condictione, *polliceatur tantùm certi* condictionem generalem, & specialem condictionem *ex mutuò; tamen & in eo specialiter nonnunquam tractatur de aliis, quae generali subsunt.*

Idem CUJACIUS aliter, in paratit. C. ad *tit. si cert. pet.*

Actio si certum petetur, de rebus creditis, propriè datur ex mutuo; vel ex stipulatione, quae mutuationem praecedit, aut sequitur: & postea.

Actio in personam, quae ei, qui mutuam pecuniam dedit, in debitorem competit, propriè dicitur certi condictio, vel actio si certum petetur de rebus creditis: & tamen sicut creditoris, & crediti nomen accommodatur ad omnes causas, ex quibus certum petitur; & ei adversa condictio incerti, etiam generalis actio est.

MERILLIUS.) Plerique existimant, aliam esse condictionem certi generalem, quae hoc tit. proponitur; & de qua agitur in hac *L.* 9. aliam esse condictionem specialem ex mutuo, quae & hoc tit. proponitur, & de quâ passim in eo agitur. Condictionem generalem esse, quae datur ex omni causa, ex omni contractu, ex quo certum petitur: quae & concurrit cum aliis actionibus, puta ex empto, ex stipulatu, ex testamento, *L. si institorem. 29. D. de reb. credit. L. in duobus. 28. §. exceptio, D. de jurejur. L. si quis. 27. §. ult. D. de institor. act. §. ult. Instit. quod cum eo,*

qui in alien. potest. Aliam verò condictionem certi specialem esse, ex quâ mutuum petitur, aut certa pecunia numerata. *L. 1. D. de condiction. triticiar. L. 5. §. is quoque. 4. D. de obligationib. & actionib.* Cujacius in *paratit. Digestor. ad hunc tit.* ait his verbis, *si certum petetur*, proponi condictionem certi generalem; his verbis *& de condictione*, proponi condictionem specialem ex mutuo. Idem Cujacius admittit condictionem certi generalem, & condictionem certi specialem, *tract. 2. ad Africanum, in L. 23. D. de reb. credit.* Sed aliter in *paratit. C. ad tit. si cert. petet.* ait his verbis, *si certum petetur*, proponi condictionem ex mutuo, vel ex stipulatione, quae mutuum praecesserit, aut secuta fuerit. *L. 6. & 7. D. de novationib. & delegationib.* Ibique unam agnoscit condictionem certi generalem; cui & opponit condictionem incerti generalem, ex qua incertum petitur. Ut enim condictio certi datur ex omni contractu, ex quo certum debetur, *hac L. 9.* Ita & incerti condictio ex omni causa, ex qua incertum debetur. *L. si binarum. 35. D. de servitutib. praedior. urbanor. L. sed & si. 22. D. de condict. indebit. L. 3. D. de condict. sine caus. L. si quis. 12. D. de noxalib. actionib. L. si tibi. 8. D. de actionib. empt. L. scire. 6. C. de contrahend. & committ. stipulat.* Hanc posteriorem sententiam magis admitterem, unam esse condictionem certi, ex quâ mutuum petitur, & aliae quoque res certae petuntur: non enim his verbis hujus tit. *& de condictione*, proponitur specialis condictio certi ex mutuo; sed omnis condictio, de quâ sub hoc tit. agitur, puta, condictio ob injustam causam, condictio sine causa, condictio indebiti, condictio triticiaria; ut aliàs ostendimus. Una tantùm condictio certi proponitur his verbis, *si certum petetur*, ex quâ certa pecunia numerata petitur, *d. L. 1. D. de condict. triticiar.* & aliae quoque res certae petuntur, cùm in personam agitur. *L. 1. D. de interrogationib. in jur. faciend.* Si specialis esset certi condictio ex mutuo, ex ea tantùm mutuum peteretur: sed eâdem actione, seu condictione, quâ mutuum petitur, indebitum peti potest. *d. L. 5. §. is quoque. 4. D. de obligat. & actionib.* cùm tantundem, quod datum est, petitur; non cùm idem, quod datum est, petitur. *L. penult. D. de praescript. verb.* Igitur non est specialis condictio certi ex mutuo, & mutuum petitur eâdem condictione, quâ & aliae res certae petuntur, id est, condictione certi, *hac L. 9.* Denique, nihil quidquam assignari potest proprium condictioni certi speciali, quod non insit & generali: atque ita frustrà diceretur condictio certi specialis. Non negaverim propriè condictionem certi dari ex pecunia mutuo data, quia semper certa est; *d. L. 1. D. de condict. triticiar.* Tum quia aliâ actione mutuum peti non potest, quàm condictione certi ex mutuo: At aliae res certae aliis actionibus peti possunt, puta, ex stipulatu, ex testamento, ex vendito. Non tamen ideo dicerem, specialem quandam esse condictionem certi ex mutuo; sed potiùs unam esse condictionem certi, ex qua & mutuum petitur, & aliae quoque res certae petuntur ex aliis causis, & contractibus. *h. L. 9.*

An

An socius omnium bonorum pecuniam propriam alienare possit, & an in specie L. si socius. 16. D. de reb. credit. *contracta fuerit societas universorum, vel partis bonorum.*

CAPUT XVI.

PAULUS in L. si socius. 16. *D. de reb. credit.*

SI socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodò creditam pecuniam facit; licèt caeteri dissentiant, quòd si communem numeravit, non aliàs creditam facit, nisi caeteri quoque consentiant; quia suae partis tantùm alienationem habuit.

CUJACIUS *lib.* 23. *observat. cap.* 27.

De pecunia autem communi credita scribit in §. 1. *facta distinctione inter omnium bonorum, & non omnium bonorum socios. Cui quidem* §. *conjungi velim quod ex eodem libro Pauli est relatum in* L. 16. D. de reb. credit. *ut intelligamus pecuniam communem ab uno ex sociis creditam fieri non posse, sine sociorum consensu; nisi pro parte sua, ut* L. 13. §. ult. eod. tit. *propriam autem omnimodò creditam fieri posse, licèt socii dissenserint. Quae mentio propriae pecuniae, simul & conjunctio illius, §. satis demonstrat, eam legem de his accipiendam esse*, qui non omnium bonorum socii sunt.

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 32. Pauli ad edictum, in *L. si socius.* 16. *D. de reb. credit.*

Haec est sententia leg. 16. *quae locum etiam habet in re propria, ut scilicèt res propria unius socii, invitis caeteris, omnimodò alienari possit, si nondum societatis judicio eam communicare coactus fuerit*; quàm totorum bonorum societas coita erat. L. 73. pro socio; *nam antequàm eam communicaverit, possit socius omnium bonorum proprium aliquid habere.*

MERILLIUS.) Titius cum Maevio, & Sejo societatem omnium bonorum contraxit, & dissentientibus sociis mutuam pecuniam dedit: quaeritur, an pecunia tota, vel pro parte Titii, credita fiat. Movet, quòd contractâ omnium bonorum societate; nudò consensu, sine traditione, bona omnia inter socios communicantur: & traditio intervenisse fingitur, quasi ipsi bona sua sibi invicem tradidissent. *L.* 1. *&* 2. *D. pro socio.* Titius igitur non nisi pro parte communem pecuniam credere, aut alienare potuit. *L.* 13. *§. penult. D. de reb. credit. L. nemo.* 68. *D. pro socio. L.* 3. *C. de comm. rer. alienat.* Paulus tamen, ait, non pro parte Titii, sed omnimodò creditam esse, licèt socii dissenserint. Cujacius *lib.* 23. *observat. cap.* 27. ait, hanc legem accipiendam esse de his, qui non omnium bonorum socii sunt; & movetur inscriptione hujus *Leg.* 16. quae est ex *lib.* 32. Pauli

ad

ad edictum, & jungenda videtur cum *L. si unus.* 67. §. 1. *D. pro socio.* ubi agitur de socio, qui non erat totorum bonorum socius. Tùm etiam hâc ratione, quod Titius contractâ omnium bonorum societate, propriam pecuniam habere non potuerit: nam id, quòd nobis cum aliis commune est, nostrum dicere non possumus *L. illud.* 46. *D. de rit. nupt.* Gregor. Nazianzenus *orat.* 36. πῶς γὰρ ἴδιον ἑνὸς τὸ κοινὸν, ἢ μόνου. *Quomodo enim proprium cujusquam, aut solius, quod commune.* Idem Cujacius ad *lib.* 32. *Pauli ad edictum*, alitea sentit; Titium in specie hujus *Leg.* 16. bonorum omnium societatem contraxisse; & tamen Titium propriam pecuniam habere, eamque mutuam dare potuisse. Puta, si Titio post contractam societatem omnium bonorum, aliquid vel ex donatione, vel ex hereditate, vel ex legato obvenerit; id proprium est socii, antequàm sociis communicet. *L. si societatem.* 73. *D. pro socio.* Idque magis admitterem, quia contractâ omnium bonorum societate, praesentia quidem communicantur, in quibus traditio fingitur intervenisse: d. *L.* 2. *D. eod. tit. pro socio.* At futura non communicantur, nec in his traditio fingi potest, cùm nondum obvenerint. Atque ita Titius contractâ omnium bonorum societate, propriam pecuniam habere, eamque creditam facere potuit. Praeterea, nulla est ratio, cur socii dissentirent, in hac *L.* 16. cùm Titius propriam pecuniam credere vellet; nisi quia omnium bonorum societatem contraxerat. Denique, nulla esset etiam dubitatio, quin contractâ societate partis bonorum, Titius pecuniam propriam dissentientibus sociis creditam facere potuerit. At cùm Titius omnium bonorum societatem contraxisset, maximè dubitari potuit, an propriam pecuniam habere, eamque creditam facere posset: ita ut ei soli actio, non sociis, ex mutuo competeret.

An Lex Vinum. 22. D. de reb. credit. *referenda sit ad condictionem certi, vel ad condictionem triticiariam.*

CAPUT XVII.

JULIANUS in L. Vinum. 22. *D. de reb. credit.*

Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est. quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret; utrùm cùm datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cùm res judicaretur. Sabinus respondit; si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc, cùm petitum esset. Interrogavi, cujus loci pretium sequi oporteat. Respondit; si convenisset *ut certô locô redderetur*, quanti eô locô esset: si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

CUJA-

CUJACIUS ad lib. 4. Juliani ex Minicio, in *L. Vinum. 22. D. de reb. cred.*
Non aestimari igitur, quanti vinum fuisset, cùm contraheretur, vel cùm res judicaretur; sed quanti fuisset litis contestatae tempore: quia strictò judiciò vinum petitum est: puta, condictione triticiariâ, vel condictione certi. *Condictio certi, ex necessitate, ob vini penuriam, poscente reô vel actore, redigitur ad instar condictionis triticiariae, in qua arbitriò judicis rei petitae; & litis aestimatio fit.*

Idem CUJACIUS aliter, tract. 3. ad African. in *L. centum. D. de eo, quod cert. loc. dar. opor.*

Sed tamen & condictionem triticiariam arbitrariam esse ajo, & rationem admittere loci, temporisque: namque in ea tanti lis aestimatur, officiò judicis, quanti merx, vel res debita fuit eô die, vel locô, quô dari debuit. L. ult. D. de condict. triticiar. L. quotiens in diem, & L. sequ. D. de verb. oblig. L. vinum. D. de reb. cred. *quae accipiendae sunt* de condictione triticiarja, non de condictione certi. *Condictio certi est stricta; condictio triticiaria, arbitraria.*

Et tract. 8. ad Africanum, in *L. hominem. 37. D. mandat.*

Lex 3. §. in hac. D. commodati, *docet, in strictis judiciis litis contestatae tempus spectari, ut & hoc loco Africanus tradit, & confirmat* L. vinum. D. de reb. cred. & L. ult. D. de condict. tritic. *quae omnes sunt de condictione triticiaria.*

MERILLIUS. } Aliter fit aestimatio rei debitae in bonae fidei judiciis, aliter in strictis. In bonae fidei judiciis, fit aestimatio ex tempore rei judicandae; In strictis, ex tempore petitionis, seu litis contestatae. *L. 3. §. in hac. D. commod.* Siquidem dies obligationi adjecta fuerit, fit aestimatio ex die, quô res dari debuit. *L. quotiens. 59. D. de verbor. obligat. & L. ult. D. de condict. triticiar.* Si dies adjecta non fuerit, fit aestimatio ex tempore petitionis, seu litis contestatae. *L. hominem. 37. D. mandat. d. L. ultim. de condict. triticiar.* & hac *L. 22.* ubi quaesitum est, an referri debeat ad condictionem certi, vel condictionem triticiariam. Cujacius ad lib. 4. Juliani ex Minicio, ait, vinum in hac *L. 22.* petitum fuisse *condictione triticiaria, vel condictione certi*; & factam esse aestimationem vini in condictione certi, poscente reô, vel actore. Verùm *tract. 3. ad Africanum, in L. centum. 8. D. de eo, quod cert. loc. dar. oport.* & *tract. 8. ad African. in L. hominem. 37. D. mandat.* ait, hanc *L. 22.* accipiendam esse *de condictione triticiariâ, non de condictione certi*: quod magis admitterem. Nam condictione certi res ipsa petitur, puta, res ejusdem bonitatis, & qualitatis. *L. 3. D. de reb. credit.* condict. triticiariâ petitur aestimatio rei, cujus aestimatio ex tempore variat, *L. pretia. 63. D. ad leg. Falcid.* Ideo condictione certi petitur pecunia numerata, condictione triticiariâ res aliae, pondere, numero & mensurâ constantes peti debent, *L. 1. D. de condict. triticiar.* ut earum fiat aestimatio: & fieri debet ex tempore litis contestatae, seu ex tempore petitionis, quando dies adjecta non est; *hac L. 22.* quam plerique ad condictionem certi retulerant, cùm putarent sub *Tit. de reb. credit.* agi tantùm de condictione certi,

aut speciali, aut generali; non de aliis condictionibus. Attamen non solùm de condictione certi agitur, sed & omnibus aliis condictionibus: atque ita haec *L.* 22. referri debet ad condictionem triticiariam: & fit aestimatio vini, quia actum est condictione triticiariâ, non condictione certi; ex qua non fieret aestimatio, sed condemnatio ad vinum ejusdem bonitatis, & qualitatis. d. *L.* 3. *D. de reb. credit.*

De jurisjurandi voluntarii, necessarii, & judicialis distinctione.

CAPUT XVIII.

CUJACIUS ad lib. 5. sentent. Pauli, tit. 32.

Post jusjurandum, quod ego quidem appello necessarium, id est, quod in judicio defertur ab adversario, appellari non potest: quia & id, sicut voluntarium, ex conventione proficiscitur.

Idem CUJACIUS ad lib. 18. Pauli ad edictum, in *L. jusjurandum.* 17. *D. de jurejurand.*

Aliud autem esse necessarium, quod scilicet (ut Graeci rectiùs interpretantur, quàm Latini) pars parti defert in judicio: quod & ex conventione, nimirum ex placito litigantium, quodammodo proficiscitur: maximè si suscipiatur ab eo, cui defertur. L. 25. & 26. hoc tit. Et postea: *Et hoc jusjurandum necessarium dicitur, quoniam Praetor, ut edicti profitetur, eum, cui pars detulit jusjurandum, aut solvere, aut jurare cogit; videlicet, si nolit referre.* L. 34. §. ait praetor. hoc tit.

Idem CUJACIUS lib. 18. observat. cap. 35.

Alia est ratio jurisjurandi delati à parte, quod voluntarium, aut necessarium dicitur, L. 1. C. de reb. cred. & *d.* L. admonendi, *quià inter se partes videntur jurejurandô rem transegisse; & praetextu novorum instrumentorum, transactione bonâ fide terminatâ non instaurantur.* L. sub praetextu. C. de transactionib.

Idem CUJACIUS aliter in paratit. Digest. ad *tit. de jurejurand.*

Ejus tria genera. Judiciale, quod à judice defertur: Voluntarium, quod à parte defertur in judicio, vel extra judicium: Necessarium, quod pars, cui delatum est, refert delatori.

Idem CUJACIUS in not. Digestor. ad *L.* 1. *D. de jurejurand.* Eandem affert distinctionem triplicis jurisjurandi, ex Graecis.

MERILLIUS. Titul. Digest. conceptus est: *De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.* Circa quam triplicis jurisjurandi distinctionem, non modò Graeci interpretes à Latinis, sed & Graeci inter

ter se, & Latini quoque inter se dissenserunt. Aliter distinguunt Graeci in *Ecloga Basilicûr*, *lib.* 22. *tit.* 5. Aliter Balsamo in *Nomocanone Photii*, *tit.* 13. *cap.* 18. ubi quatuor jurisjurandi species constituit. *Voluntarium*, *quod datur ex voluntate partium extra judicium: Necessarium, quod datur ex delatione actoris, & sententiâ judicis: Judiciale, quod judicis sententiâ, etiam nolentibus iis, qui litigant, controversiam decidit: & jusjurandum in litem, quod rei, quae in judicio versatur, aestimationem ad certam quantitatem redigit, quando rei dolo, vel contumaciâ non redditur. Est etiam juramentum calumniae. Et voluntarium quidem nunquam retractatur; necessarium autem retractatur in uno, & solo decreto*, *seu cap.* 2. *tit.* 5. *lib.* 22. Latini omnes in hoc consentiunt, ut voluntarium sit, quod extra judicium à parte parti defertur: sed circa necessarium, & judiciale dissentiunt. Quidam ex Latinis, necessarium esse ajunt, quod à judice defertur propter inopiam probationum: judiciale, quod à parte parti defertur in judicio. Alii, (& hi rectiùs) necessarium esse, quod à parte parti defertur in judicio; judiciale, quod defertur à judice. Cujacius ad *lib.* 5. *sentent. Pauli tit.* 32. & ad *lib.* 18. *Pauli ad edictum*, videtur ita distinxisse secundùm plerosque Latinorum, ut voluntarium sit, quod à parte parti defertur extra judicium; necessarium, quod à parte parti defertur in judicio; judiciale, quod à judice defertur. *Lib.* 18. *observ. cap.* 35. ait, jusjurandum à parte parti delatum, *voluntarium, aut necessarium dici*; voluntarium, puta, quod extra judicium defertur; necessarium, quod in judicio defertur; idque etiam secundùm Latinos Interpretes. At in *paratit. Digest.* & in *notis ad eumdem tit.* omnino secutus est Graecos in Basilicis; ut voluntarium sit, quod à parte parti defertur in judicio, vel extra judicium; necessarium sit, quod refertur; judiciale, quod à judice defertur. In ista Graecorum, & Latinorum variâ distinctione triplicis jurisjurandi, probarem magis, Voluntarium esse, quod defertur extra judicium; quia nemo jusjurandum sibi delatum extra judicium suscipere, aut referre cogitur. *L. jusjurandum* 17. *D. de jurejurand.* & propterea voluntarium est, cùm nulla sit jurandi, aut referendi necessitas. Necessarium esse, quod à parte parti defertur in judicio, vel refertur; quia is, cui delatum est, jurare cogitur, aut referre. *L. jusjurandum.* 34. *D. eod. tit. L. delata.* 9. *C. de reb. credit. & jurejurand.* Nec minùs est necessarium, quòd referri possit; nam ipsa referendi necessitas facit necessarium. *L. manifestae.* 38. *D. de jurejurand.* Id, quod refertur, est omnino necessarium; quia is, cui refertur, jurare debet. d. *L.* 34. *eod. L.* 12. §.1. *C. de reb. credit.* atque ita necessarium est ex ipsa jurandi necessitate. Judiciale verò esse, quod à judice defertur, propter inopiam probationum. *L. admonendi.* 31. *D. de jurejurand. L.* 3. *C. de reb. credit.* quod quidam ex Latinis perperàm dixerunt necessarium.

An species L. ultim. D. de condict. caus. dat. caus. non secut. *constituenda sit in permutatione, vel alio contractu innominato.*

CAPUT XIX.

CELSUS in L. ult. D. de condict. caus. dat.

DEdi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum, id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis est; an nulla hic alia obligatio est, quàm ob rem dati re non secutâ? in quod proclivior sum: & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere à te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. Et rursus, si tuus est Stichus; & pro evictione ejus promittere non vis; non liberaberis, quominùs à te pecuniam repetere possim.

CUJACIUS tract. 8. ad African. ad *L.* 50. *D. de jur. dot.*

Rei meae cum pecunia aliena, vel contrà, permutationem fieri nihil vetat; si modò pecunia non detur pro pretio, si permutationis, non emptionis contrahendae animus fuerit. Eâ ratione, in specie L. ult. D. de condict. caus. dat. permutatio *est, ut Graecis videtur*, non emptio.

Idem lib. 3. observationum, cap. 29.

Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares; Celsus ait L. ult. D. de condict. caus. dat. *hunc contractum non esse pro portione emptionis venditionis; id est, non esse emptionem venditionem; non esse portionem, sive speciem emptionis venditionis*; sed esse permutationem, *ut additur in Basilicῖς.*

Idem in paratit. Cod. ad *tit. de rer. permutat.*

Emptio est mutatio rei cum pretio; permutatio est negotium do, ut des, datio rei pro re, vel etiam pecuniae pro re, *ut* L. ult. D. de condict. caus. dat.

Eandem sententiam sequitur tract. 8. ad Afric. in *L. si fundus.* 33. *D. locat.* & in repetit. praelect. *L. naturalis. D. de praescript. verb.* in princ.

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 32. Pauli ad edictum, in *L.* 1. *D. de rer. permutat.*

In L. ult. D. de condict. caus. dat. *proponitur ita gestum fuisse negotium: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut Stichum meum faceres: hoc negotium nulla emptio est, nulla etiam permutatio est.* Nulla igitur emptio, nulla permutatio, negotiò ita gestò, ut proposui, contracta intelligitur.

Idem ad *tit. D. de pact. ad L.* 7. §. 2.

Nec obstat L. ultim. *inf.* de condict. caus. dat. *in cujus casu nec emptio, quia*

quia id actum est, ut res accipientis fieret; quod abhorret à natura emptionis: nec fortè (*si Graeci interpretes ferrent, qui me addubitare faciunt*,) permutatio contrahitur: *quia in permutationem pecunia non cadit; nec ulla alia obligatio, quàm ob rem dati, re non secutâ. Eo igitur casu, nec civile negotium contrahitur, nec civili proximum.*

In eadem sententia est in notis Digestor. ad *L. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* & in recitationibus Cod. ad *tit. de rerum permut.* sub finem.

MERILLIUS.) Cùm in specie hac *L. ult.* Titius Maevio pecuniam dedisset, ut ei Maevius Stichum daret; videtur fuisse emptio: quia si pecuniam dedero, ut rem accipiam, contrahitur emptio, *L. 5.* in princip. *D. de praescript. verb.* Negat tamen Celsus, id genus contractûs esse *pro portione emptionis*, id est, non esse emptionem, emptionisve speciem, aut partem. Sed dubitatum est, an sit permutatio, quae accedit ad contractum emptionis, *L. 1. D. de contrahend. empt. L. ult. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Permutatio contrahitur, cùm res pro re datur, d. *L. 5. §. sin autem, D. de praescript. verb.* Hîc autem data fuit pecunia, ut Stichus daretur; & data fuit, non ut pretium, sed ut corpus aliquod, quod vicissim pro Sticho daretur. Cùm pecunia datur, potest dari ut pretium, aut quantitas; vel ut corpus, *L. sed si. 51. D. de legat. 1. L. si is, cui nummos. 94. D. de solut. & liberat.* veluti, cùm peregrini nummi dantur ob mercem, puta, Poeni, nummi Attici: non est emptio, sed permutatio. Volusius Maetianus in *lib. de asse.*

Quidam ex Latinis Interpretibus, ut Joan. Bosianus hîc in *gloss.* apud Accursium, existimarunt in hac *L. ult.* fuisse contractum permutationis; & Graeci Interpretes; ut ex eis refert Cujacius *lib. 23. observat. cap. 29.* Quam sententiam probat ibidem Cujacius, & *in paratit. Cod. ad tit. de rer. permutat.* & in repetita praelectione, ad d. *L. 5. D. de praescript. verb.* & *tractat. 8. ad African. in L. si fundus. 33. D. locat.* & eodem *tract. 8. in L. quae fundum. 50. D. de jur. dot.* Et ista quidem sententia pluribus rationibus defendi potest: quia cùm Celsus ait, *id genus contractus non esse pro portione emptionis*, negat, emptionem esse, partemve emptionis; sed non negat, esse permutationem. Tum quòd Titius pecuniam dederit, ut corpus aliquod, non ut pretium: & ita contracta fuit permutatio, in quâ nec merx, nec pretium distinguitur; sed utrumque est merx, & pretium, *L. 1. D. de rerum permutat.* in quâ persona venditoris, & emptoris non distinguitur, *L. sciendum est. 19. §. 1. D. de aedilit. edict.* Tum quia Titius habuerit animum contrahendae permutationis, non contrahendae emptionis: cùm Maevio pecuniam dederit, ut ab eo Stichum acciperet. Tum quia in hac *L. ult.* Stichus dari debuit, id est, accipientis fieri, *§. sic itaque. Instit. de actionib. L. ubi autem. 75. §. ult. D. de verb. oblig.* quod ad permutationem accedit, in quâ dominium transfertur, *L. scribit. 34. D. de aur. & argent. legat.* Denique in hac *L. ult.* pecunia data repetitur *condictione ob rem dati*, seu condictione causâ datâ, causâ non secutâ: At id, quod datum est ex causa permutationis, eâdem condictione

re-

repetitur, d. *L.* 5. in princip. *D. de praescript. verb.* Et hae sunt rationes, quibus dici potest in hac *L. ult.* esse permutationem.

Cujacius tamen Graecorum Interpretum sententiam reiicit in *comment. ad tit. de pact. in L. jurisgentium.* 7. §. 2. & *lib.* 32. *Pauli ad edictum in L.* 1. *D. de rer. permutat.* & in *not. Digest.* ad hanc *L. ult.* & in *recitat. Cod. ad tit. de rer. permutat.* probatque in hac *L. ult.* non esse permutationem, quia in permutatione res pro re datur, d. *L.* 5. in princip. *D. de praescript. verb.* at hic pecunia pro re data fuit. Tum quia, ex hoc contractu nulla alia actio datur, quàm condictio ob rem dati; igitur non est civile negotium, aut civili proximum, puta, permutatio: quia ex permutatione datur actio praescriptis verbis, non tantùm condictio, d. *L.* 5. in princip. *D. de praescript. verb.* Et hoc magis probarem, in *L. ult. D. de condict. caus. dat.* non esse contractum permutationis, sed aliud genus contractûs innominati, quod non accedit ad emptionem, neque ad permutationem. Idque tribus rationibus probat Celsus, quas expendimus *lib.* 2. *observationum*, *cap.* 14.

Non moveor rationibus, quibus prior sententia juvari potest; Cùm enim Celsus negat, hunc contractum esse pro portione emptionis, negat esse permutationem. Siquidem permutatio est portio emptionis, species quaedam emptionis, contractus accedens ad emptionem: Si igitur non est portio emptionis, non est permutatio. Nec satis probatur in hac *L. ult.* pecuniam datam fuisse ut corpus, non ut pretium: aut etiam Titium animum contrahendae permutationis habuisse. Imò habere non potuit animum contrahendae permutationis, cùm pecuniam daret, ut sibi Stichus daretur; quia ut in venditione dominium transferri non debet. *L. ex empto.* 11. §. 2. *D. de act. empt. L.* 4. *D. de usur.* ita nec in permutatione. Siquidem is, qui rem dat ex causa permutationis, fit dominus, transfert dominium, d. *L. scribit.* 34. *D. de aur. argent. legat.* ut venditor. *L. traditio.* 20. *D. de acquir. rer. domin.* Sufficit rem dare, qualem habet; non etiam necesse est, ut rem faciat accipientis, dominiumve transferat: at hic Stichus dari, & accipientis fieri debuit. Denique licèt in hac *L. ult.* detur condictio ob rem dati, ut in permutatione; non tamen sequitur esse permutationem: quia in permutatione datur actio praescriptis verbis: si quis agere velit ad id, quod interest; vel condictio ob rem dati, si quis malit rem suam condicere: At in hac *L. ult.* non datur actio praescriptis verbis, sed tantùm condictio: igitur dicendum est non esse permutationem, sed aliud genus contractûs innominati.

An

An pupillus naturaliter obligetur absque tutoris auctoritate.

CAPUT XX.

NERATIUS lib. 6. Membranarum, in L. 41. D. de condict. indeb.

QUod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est: quia nec naturâ debet.

CUJACIUS in notis priorib. Institut. ad §. *praeterea. Instit. quib. mod. tollitur obligat.*

Nulla est, *ne naturalis quidem; nimirum, quia pupillus animi judicio caret.* L. quod pupillus. D. de condict. indebit. L. pupillus. D. de obligat. & actionib. *Sed tamen si pupillus factus sit locupletior, jure naturali obligatur, ut ait L.* naturaliter. §. ult. *&* L. prox. D. de condict. indebit.

Idem CUJACIUS in notis Digest. ad *L. quod pupillus.* §. 1. *D. de condict. indebit.* & lib. 17. observat. cap. 4.

Idem CUJACIUS ad lib. 28. quaest. Papiniani, *in L. Stichum.* 95. §. *aditio, D. de solut. & liberat.*

Et ut id intelligatur, sciendum est, quo exemplo utitur Papinianus, pupillum accipiendo mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, neque civiliter, neque naturaliter obligari: videlicet, si ex ea pecunia locupletior factus non sit. Et ita accipienda L. pupillus. de obligat. & act. *&* L. quod pupillus. de condict. indeb.

Idem CUJACIUS in commentar. ad *tit. de verb. oblig. ad L.* 127.

Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur civiliter? Tractemus, an obligetur naturaliter. Sunt loci, quibus ostenditur, pupillum sine tutore non obligari naturaliter: L. pupillus. *sup.* tit. prox. L. quod pupillus *sup.* de condict. indebit. *Sunt, quibus ostenditur, pupillum sine tutore obligari naturaliter,* L. 1. *inf.* de novationib. L. si ejus pupilli *sup.* ad Trebellian. L. si pupillus. *sup.* ad leg. Falcid. *quod dissidium ita componi debet; ut si non fiat locupletior, non obligetur naturaliter: sin verò fiat locupletior, obligetur,* L. naturaliter. §. ult. *&* L. prox. *sup.* de condict. indebit.

Idem CUJACIUS aliter ad *tit. D. de verb. oblig. in L.* 6.

Furiosus si promittat, naturaliter non obligatur; pupillus ex sua promissione naturaliter obligatur, L. 1. *inf.* de novationib.

Idem CUJACIUS in notis secund. Instit. ad §. *praeterea. Instit. quibus mod. tollit. obligat.*

Nulla, quia non civilis; naturalem tamen esse ponendum est: atque ob id etiam, quasi in causam quodammodò novationis translata fuerit prior obligatio, jure pristinò cum debitore agi non posse.

ME-

MERILLIUS.) Non est absque dubitatione, an pupillus naturaliter obligetur, puta, ex jure gentium, si fidem illius secuti simus; si promiserit, si mutuum, aut depositum acceperit, aliásve contraxerit. CUJACIUS in *notis priorib. Institut. ad §. praeterea. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* interpretatur verba Justiniani, *nullam esse obligationem* pupilli; id est, nec civilem, nec naturalem; quia pupillus animi judicio caret, & nihil scire posse intelligitur, *L. qui jurasse.* 26. *D. de regul. jur.* Non igitur consentire potest; ut naturalem obligationem contrahat. In eademque est sententia Cujacius in *notis Digest. ad L.* 41. *D. de condict. indebit.* pupillum naturaliter non obligari. Verùm in *notis secund. Institut.* ad d. *§. praeterea*, & in *comment. ad tit. de verb. obligat.* ait, *sine distinctione*, pupillum ex suâ promissione naturaliter obligari. Et quidem si naturalis obligatio contrahitur ex jure gentium, cùm alicujus fidem secuti sumus, d. *L. cùm amplius.* 89. *D. de regul. jur.* dici potest, naturalem obligationem cadere in pupillum; cùm stipulanti promiserit, mutuam pecuniam acceperit, aliásve contraxerit. Ista quidem sunt valdè pugnantia, pupillum naturaliter obligari, & pupillum naturaliter non obligari: sed non desunt rationes, quibus in concordiam adducantur. Cujacius eam distinctionem admittit, in *notis Digest. ad L.* 41. *D. de condict. indebit. in comment. ad tit. de verbor. obligat. in L. si pupillus.* 127. *ad lib.* 28. *quaest. Papiniani*, *in L. Stichum.* 95. *§. aditio. D. de solut. & liberat.* & *lib.* 17. *observat. cap.* 4. & in *notis priorib. Instit. ad d. §. praeterea*, ut si pupillus locupletior factus sit, obligetur; si locupletior factus non sit, non obligetur. Verùm haec distinctio stare non potest, quia pupillus ex sua promissione naturaliter obligatur, cùm stipulanti promisit, d. *L.* 1. in fin. *D. de novat. & delegat.* & d. *L. si pupillus.* 127. *D. de verbor. obligat.* At ex eâ promissione pupillus non fit locupletior, cùm nihil acceperit, sed tantùm stipulanti promiserit. Tum quia expressum est, pupillum naturaliter obligari, licèt locupletior factus non sit, *L. cùm illud.* 25. *D. quand. dies legator.* d. *L.* 95. *§. aditio. D. de solutionib. & liberat.* retentâ in hisce duobus locis lectione Florentinâ, quae mutari non debet. Denique pupillus locupletior factus non tantùm naturaliter tenetur, sed etiam civiliter, & conveniri potest ex rescripto D. Pii. *L.* 3. *§. pupillus. D. de negot. gest. L.* 1. & *L.* 5. *D. de auctorit. & consens. tutor.* Alii aliam distinctionem afferunt, pupillum pubertati proximum naturaliter obligari, licèt locupletior factus non sit: sed pupillum remotum à pubertate, non aliter obligari, quàm si locupletior factus sit. Et hanc posteriorem distinctionem magis probarem; quia pupillus pubertati proximus, jam aliquem intellectum habere creditur, & consensum suum in negotiis contrahendis accommodare potest, *§. sed quod diximus. Institut. de inutilib. stipulat.* ut ex delictis obligatur, *L. impuberem.* 23. *D. de furt. L. pupillum.* 111. *D. de regul. jur.* Pupillus autem locupletior factus quacumque aetate naturaliter obligatur, ob hanc rationem naturalem, ne quis cum damno, & injuria alterius locupletetur, *L. nam hoc.* 14. *D. de condict. indebit. L. si quis.* 27. *§. Proculus. D. de institor. act.* Idque constabat inter omnes juris auctores, pupillum cujusvis aetatis locupletiorem factum naturaliter obli-

obligari: at non constabat inter omnes, an pupillus pubertati proximus obligaretur naturaliter, si locupletior factus non esset. Etenim Proculejani admittere non poterant, obligationem naturalem cadere in pupillum, antequàm pubes esset, & quatuordecim annos complevisset; quâ aetate pubertatem aestimabant. Ulpian. *lib. sing. regular. tit.* 11. *de tutel.* Nec prius usum rationis in pupillo admittebant, quàm cùm perfectam aetatem ex duabus annorum hebdomadis complevisset: secundùm doctrinam Hippocratis, qui perfectam aetatem constituit ex illo annorum numero, in *lib. de carnib.* sub finem, ubi perfectam aetatem esse ait, quae ex duobus septenariis numeris perfectis completur, & quatuordecim annos efficere septingentas hebdomadas dierum. Quem Stoici secuti sunt, & Stoicos Proculejani; vel potius Solonem in legibus Atticis, ut ex eo refert Philo Judaeus in *lib. de opificio Mundi*, & Clemens Alexandrinus *lib.* 6. *στρωματέων*. Indeque observandum, Neratium ex eâ scholâ non admittere naturalem obligationem ex promissione pupilli, in d. *L.* 41. *D. de condict. indebit.* At Sabiniani non ita praecisè annis pubertatem aestimabant, sed ex aspectu corporis, Ulpian. d. *tit.* 11. *de tutelis*. Isidor. *lib.* 11. *Origin. cap.* 2. Facilè igitur admittere poterant, ut pupillus pubertati proximus ex sua promissione obligaretur, licèt locupletior factus non esset: quasi jam usum rationis haberet, & consensum negotiis contrahendis accommodare posset. Et ita observandum est, Julianum ex Sabinianis admittere, ut pupillus pubertati proximus ex delictis teneatur, vel alius impubes, d. *L.* 23. *D. de furt.* Et Gajus ex eadem schola, d. *L.* 111. *de regul. jur.* atque etiam Julianus admittit naturalem obligationem pupilli, d. *L. ult. D. de jurejurand.* & Ulpian. *lib.* 46. *ad Sabinum*, in d. *L.* 1. *D. de novationib. & delegat.* Quare in hac disceptatione naturalis obligationis, quae in pupillum cadit, ita statuendum videtur: ut pupillus pubertati proximus secundùm Sabinianos naturaliter obligari potuerit, non secundùm Proculejanos. Secundùm omnes, pupillus cujusvis aetatis locupletior factus, naturaliter obligatus fuerit, etiam ante rescriptum D. Pii; post rescriptum D. Pii locupletior factus, non modò naturaliter, sed etiam civiliter teneri coeperit. Obligatio naturalis pupilli tantùm in duobus locis non admittitur, sed in pluribus locis admittitur, & absque distinctione.

An condictio furtiva adversùs heredem furis transeat vel in solidum, vel pro parte, quae ad eum pervenerit.

CAPUT XXI.

ULPIANUS in L. 9. D. de condict. furtiva.

IN condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro quâ heres est, tenetur.

CUJACIUS lib. 7. observationum cap. 37.

Videamus, an verum sit, condictionem furtivam in heredem in solidum dari. Omnibus placet dari, secundùm L. 9. D. de condict. furt. *quae si deesset, omnibus placeret non dari. Nam & in patrem in solidum peculium non datur,* L. 3. §. penult. D. de pecul. *cujus eadem per omnia est in caeteris, quae heredis causa. Heres non tenetur ex poenali causa; pater non tenetur ex poenali causa. Heres tenetur post condemnationem, vel post litis contestationem defunctô testatore: pater tenetur post condemnationem, mortuô, aut vivô filiô; vel post litis contestationem mortuô filiô. Heres merâ poenali non tenetur, etiamsi quid ad eum pervenerit, idem est in patre. Heres actione, quae ex delicto videatur esse, licèt rei persecutionem tantùm contineat, non tenetur, nisi in id, quod pervenit; veluti condictione rerum amotarum. Cur & idem non statuemus in condictione furtiva; cum & hanc constet in patrem non dari, nisi in id quod pervenit; cùm & ad eundem modum dicatur in heredem dari utraque?* L. contra, §. si post. D. rer. amotar. *cùm & apertè dicatur* L. 9. §. ult. *adhibitâ* L. 10. D. de tutel. & rationib. distrahend. *condictionem furtivam morte furis interire. Cur dabimus potiùs condictionem furtivam in solidum, quàm condictionem rerum amotarum, de dolo malo? Quod judicii mutandi causa? quae ejusdem conditionis sunt, id est, ex delicto, & ad rem persequendam.*

CUJACIUS aliter lib. 13. observat. cap. 37.

Non datur, inquam, in heredem condictio rerum furtivarum, vel condictio rerum amotarum; nisi lis fuerit contestata cum defuncto, *ut* L. 9. D. de condict. furt. *adhibitâ* L. 2. *in fin.* D. de Praetor. stipul. L. si hominem. §. 1. D. deposit. *vel rem heres ipse contrectet.* L. 7. §. ult. D. de condict. furt.

CUJACIUS adhuc aliter in recitationib. ad tit. de regul. jur. in *L. sicuti. D. de reg. jur.*

Excipitur sola condictio furtiva, quae datur in heredem in solidum. L. in condictione. 9. D. de condict. furt. *Levius est submovere, quàm subripere. Ex iis constituimus, omnes actiones ex delicto morte interire, exceptâ condictione furtivâ. Quod quamvis dissuadere videatur* L. 9. §. ult. & L. 10. de tut. & rat. distrah. *quae leges videntur condictionem furtivam numerare inter eas actiones, quae morte intereunt; omnino eam distinguere oportet à caeteris actionibus. Et quidem furti, & damni injuriâ dati actio interit morte; condictio verò furtiva non interit. Itaque separari debet à caeteris actionibus.*

MERILLIUS.) Finge ad hanc *L. 9.* Titius subripuit Maevio rem dignam trecentis, quae trecentis nummis aestimari poterat. Titius Sempronium heredem reliquit, ad quem centum nummi ex re furtiva pervenerunt. Ulpianus ait, Sempronium heredem furis, si solus fuerit, teneri in solidum, id est, in trecentos nummos; non pro parte, seu in centum nummos, qui ad eum pervenerunt. Sed finge Titium tres heredes reliquisse, Primum, Secundum, & Tertium, ad Primum ex re subrepta viginti tantùm nummos pervenisse: non tenebitur Primus tantùm ad viginti, quae ad eum pervenerunt: sed tenebitur pro parte hereditaria in centum

centum nummos; & tenebitur in solidum. Quod duriusculum fortè videatur, heredem pro parte, & in solidum teneri. Duobus modis in solidum heres teneri dicitur; ut in solidum opponitur parti hereditariae; vel ut in solidum opponitur parti, quae ad heredem pervenit. Primô modô, heres non potest teneri in solidum, & pro parte, *L. de eo.* 12. & *L. si duo.* 22. *D. deposit.* *L.* 2. in fin. *de stipulat. praetor.* Secundô modô heres teneri potest in solidum, & pro parte hereditaria, *L. ad ea.* 157. §. 1. *D. de regul. jur.* Et ita in specie hujus *L.* 9. Primus tenetur in solidum, non ad viginti, quae ad eum pervenerunt: & tenetur pro parte, id est, centum, quae est pars hereditaria, cùm tres heredes fuerint heredes instituti. Verùm non absque dubitatione est, an condictio furtiva adversùs heredem furis dari debeat in solidum, pro parte hereditaria, vel tantùm pro parte, quae ad eum pervenit. Cujacius *lib.* 7. *observation. cap.* 37. tentat non dari debere in solidum, sed pro parte, quae ad eum pervenit. Puta, ut si res subrepta trecentis nummis aestimari possit, & centum nummi ad heredem furis pervenerint; heres qui solus est, non ad trecentos nummos, sed ad centum condictione furtiva teneatur. Movetur ille tribus rationibus; prima est, quòd sit eadem ratio condictionis furtivae, & condictionis rerum amotarum: Si quidem condictio furtiva oritur ex delicto, *L.* 10. §. *quotiens. D. de compensationib.* & condictio rerum amotarum ex delicto quoque oritur, *L. si mulier.* 21. §. 1. *D. de act. rer. amotar.* Praeterea, heres mulieris tenetur condictione rerum amotarum; sicut heres furis tenetur condictione furtiva, *L.* 6. §. 2. *D. eod. tit. de act. rer. amotar.* At heres mulieris non tenetur in solidum condictione rerum amotarum; sed tantùm pro ea parte, quae ad eum pervenerit. *L. ult. C. rer. amotar.* Igitur heres furis condictione furtivâ teneri debet non in solidum, sed pro parte, quae ad eum pervenit. Secunda ratio est, quòd si filiusfamilias furtum fecerit, aut si filia res mariti amoverit; pater non tenetur in solidum actione de peculio; sed quatenus ad eum pervenit, *L.* 3. §. *penult. D. de pecul.* *L.* 3. §. 2. *D. de act. rer. amotar.* Tertia est, quòd condictio furtiva morte furis extinguitur, *L.* 9. §. *ultim. D. de tutel. & rationib. distrahend.* Igitur adversùs heredem furis non datur, nisi quatenus ad eum pervenerit, *L.* 7. §. *ult.* sup. *hoc tit.* *L.* 2. in fin. *D. vi bonor. raptor.* Cujacius aliam interpretationem affert, *lib.* 13. *observat. cap.* 37. ad hanc *L.* 9. scilicet, ut heres furis condictione furtivâ teneatur, non quatenus ad eum pervenit; sed in solidum, si lis cum fure fuerit contestata: quia condictio furtiva ex delicto oritur, d. *L.* 10. *D. de compensat.* & eadem debet esse ratio condictionis furtivae, quae est aliarum actionum ex delicto venientium. At non dantur adversùs heredes, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, *L.* 1. *D. de privat. delict.* Sed & alia est sententia Cujacii, in *L. sicuti.* 38. *D. de regul. jur.* heredem furis teneri in solidum condictione furtivâ, sine distinctione; sive lis cum fure fuerit contestata, vel non. Ibique condictionem furtivam separat à caeteris actionibus ex delicto venientibus. Et hanc posteriorem sententiam magis admitterem, ut heres furis in solidum teneatur, non quatenus ad eum pervenerit, etsi lis cum fure non fuerit contestata. Nec enim est eadem

Ee 2 ratio

ratio condictionis furtivae, & condictionis rerum amotarum: licèt utraque ex delicto oriatur, non tamen idem delictum est, furtum facere, & rem amovere. Cùm uxor divortii causâ res mariti amovet, leviùs coërcetur, *L. penult. D. de act. rer. amotar.* Et quod dicitur in d. *L.6. §. 2. D. eod.* heredem mulieris condictione rerum amotarum teneri: *sicut condictionis nomine ex causa furtiva*: ita intelligendum est, non ut omnino similes sint istae condictiones. Verbum, *sicut*, non infert omnimodam similitudinem; sed eam tantùm, quòd ut condictio furtiva adversùs heredem furis datur; ita & condictio rerum amotarum adversùs heredem mulieris. Praeterea, pater actione de peculio tenetur, non in solidum, sed quatenus ad eum pervenit: quia alia est ratio patris, alia est ratio heredis, qui furi heres extitit. Heres cum defuncto eadem persona esse intelligitur; & ut heres furis succedit in jus universum, quod defunctus habuit; ita etiam succedit in odium furis: cujus odiô condictio furtiva est introducta, *§. sic itaque. Instit. de actionib.* At pater licèt teneatur actione de peculio nomine filii, non succedit in jus universum filii; nec in odium filii, qui furtum fecit, ut in solidum teneatur. Denique in *L. 9. §. ult. D. de tutel. & rationib. distrahend.* non est intelligendum, condictionem furtivam generaliter morte furis interire; sed tantùm cùm tutor res pupillares subripuerit, & durante tutelâ mortuus fuerit. Ita quidem condictio morte furis interit, quia pupillus durante tutelâ adversùs tutorem condictione facilè experiri non potuit: sed pupillus adversùs heredem tutoris his actionibus experiri potest. *L. 10. D. eod. tit. de tutel. & rationib. distrabend.* Et licèt tutor conventus non fuerit à pupillo, sibi tamen tutor solvere debuit, quod debebat pupillo ex condictione furtiva; ut negotiorum gestor sibi solvere tenetur, *L. sin autem. 8. §. 3. D. de negot. gest.* Atque his rationibus rejicitur prima opinio; Heredem furis non teneri in solidum condictione furtivâ, sed quatenus ad eum pervenerit; & nullô modô teneri, si nihil ad eum pervenerit. Non probarem etiam, heredem furis non aliter teneri condictione furtiva, quàm si lis cum fure fuerit contestata. Quia condictio furtiva, licèt ex delicto oriatur; distingui debet ab actionibus poenalibus, quae poenam persequuntur; & ab actionibus mixtis, quae partim poenam, & partim rem persequuntur. Nam condictio furtiva non poenam, sed tantùm rem persequitur. d. *L. 7. §. 1. D. de condict. furt.* Ut igitur persecutoriae rei actiones adversùs heredes transeunt, lite necdum cum defuncto contestatâ; ita & condictio furtiva adversùs heredem furis transire debet. Verius est igitur condictionem furtivam adversùs heredem furis dari in solidum, non quatenùs ad eum pervenerit; & dari quoque adversùs heredem furis, lite necdum cum fure contestatâ. Tentari quidem posset ex d. *L. 2. §. ult. D. de vi bon. rapt.* nec levi ratione, condictionem furtivam adversùs heredem tantùm dari, quatenùs locupletior factus est, non in solidum: Cùm enim ait Ulpianus, Praetorem non dedisse actionem vi bonorum raptorum adversùs heredes raptoris, in id, quo locupletiores facti sunt; quia putavit sufficere condictionem, scilicèt furtivam: Ita potest intelligi, ut eâ condictione tantùm agi possit adversùs heredes; non in solidum, sed quatenùs ad eos pervenerit. Imò Prae-

Praetor non dedit actionem adversùs heredes raptoris in id, quo locupletiores facti sunt: quia putavit sufficere condictionem furtivam, quâ in solidum adversùs haeredes raptoris, ut adversùs heredes furis, agi potest.

An, cùm res petitur condictione triticiariâ, aestimatio ex litis contestatae, vel rei judicatae tempore fieri debeat.

CAPUT XXII.

ULPIANUS in L. penult. D. de condict. triticiar.

IN hac actione, si quaeratur, res, quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat; verum est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum: si verò desierit esse in rebus humanis, mortis tempus. Sed ἐν πλάτει secundùm Celsum, erit spectandum; non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio reducatur, in servo fortè mortiferè vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit *lib.* 20. habendam aestimationem quanto deterior res facta sit: & ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

CUJACIUS in commentar. ad *tit. de verbor. obligat. in L.* 59.
Quid verò de strictis judiciis statuendum? an verò etiam perpetuum est, quod diximus, in eis spectari tempus litis contestatae? Minimè. Eadem exceptio addenda est, quae est addita judiciis bonae fidei: nisi ante litem contestatam debitor moram fecerit: quò casu debitor condemnabitur utrò tempore res pluris fuerit, vel quò moram fecit, vel quò res judicata est: & ita accipienda est L. penult. *Species enim, quae ponitur in fine, pertinet ad totam legem. Ponit moram debitorem fecisse, & ad tempus morae aestimationem referri, si post moram res depretiata fuerit: vel ad tempus rei judicatae, si post moram fuerit pretiosior facta; vel ad tempus mortis, si post moram interierit, ante rem judicatam.*

Idem ferè in notis Digestor. ad *L. penult. D. de condict. triticiar.*

Sed aliter tractatu 3. ad African. in *L. mercis*. 207. *D. de verbor. significat.*

Si merx petatur condictione triticiariâ, tanti aestimatur, quanti fuit eâ die, vel locô, quô dari debuit: aut non adjectâ die, vel locô, quanti fuit litis contestandae locô, & tempore. L. ult. D. de condict. triticiar. *Sed videntur juris auctores mercem in eâ re separasse à caeteris rebus: nam* L. penult. eod. tit. *in caeteris rebus immobilibus, aut moventibus, puta, fundô, aedibus, homine, spectat rei judicandae tempus: vel si homo interierit, mortis*

tis tempus. Nisi si deteriores factae sint post litem contestatam, vel aliàs post moram contractam. & posteà: *Sed permanere melius est in his, quae diximus* L. 59. de verb. obligat.

MERILLIUS.) Condictione certi res ipsa petitur, condictione triticiariâ rei aestimatio; si merx aliqua petita sit, puta, vinum, oleum, frumentum, &c., fit aestimatio quanti res erat, cùm petita est, ubi de die nihil convenerit. *L. vinum.* 22. *D. de reb. credit.* seu cùm judicium acciperetur. *L. ult. hoc tit.* Si verò alia res petita fuerit condictione triticiariâ, quae pondere, numerô, & mensurâ non constet; puta, fundus, vestis, servus: fit aestimatio quanti res fuit, à tempore morae ad tempus condemnationis, vel ad tempus mortis, hac *L. penult.* Finge, servum petitum fuisse, & post moram, seu litem contestatam, fuisse debilitatum, eluscatum: si fieret aestimatio ex tempore rei judicatae, vel tempore mortis, captio esset actoris; quia ad exiguum, servi debilitati pretium redigeretur. Igitur aestimari debet servus, quanti fuerit à tempore morae, seu litis contestatae, ad tempus condemnationis. Mora lite contestatâ in strictis judiciis committitur. Sed cur in merce spectatur tempus litis contestatae, d. *L.* 22. *D. de reb. cred.* in aliis rebus tempus condemnationis? Cujacius ad *tit. de verb. oblig.* in *L. quotiens.* 59. & in *not. Digest.* ad hanc. *L. penult.* ait generaliter in strictis judiciis spectari tempus condemnationis, si debitor moram fecerit ante litem contestatam: ut fiat aestimatio quanti plurimi res fuerit à tempore morae, ad tempus condemnationis: quomodò fit aestimatio in condictione furtiva. *L. in re furtiva.* 8. §. 1. & *L. ex argento.* 13. *D. de condict. furt.* & in condictione rerum amotarum. *L. penult. D. de act. rer. amotar.* Idque, ut videtur, secundùm Graecos interpretes. Idem Cujacius *tract.* 3. *ad Africanum*, in *L. mercis.* 207. *D. de verb. signif.* differentiam constituit inter merces, & alias res, quae petuntur condictione triticiariâ; veluti si servus petitus fuerit. In mercibus, fieri aestimationem ex tempore judicii accepti, seu litis contestatae: in hominè, aliisve rebus, ex tempore morae ad tempus condemnationis: scilicet ut aestimentur, quanti fuerint à tempore morae ad tempus rei judicandae. Rationem differentiae affert, quòd merx variam aestimationem recipiat, pro varietate temporum; aliamque habere possit tempore petitionis, aliam tempore condemnationis. Fit aestimatio ex tempore petitionis, quia praesumitur eô tempore mercem petitam fuisse, quô majus pretium ipsius fuerit. Aliae verò res certam habent aestimationem, puta, servus, fundus, vestis: ideoque earum fit aestimatio ex tempore condemnationis. Nec frustra Africanus in d. *L.* 207. *D. de verb. sign.* ait, hominem mercis appellatione non contineri; quasi aliud in servo, aliud in mercibus constitui debeat. Cujacius eod. *tract.* 3. *ad African.* magis probat, quod scripserat in d. *L.* 59. *D. de verbor. obligat.* Sed posteriorem sententiam magis admitterem, quia Ulpianus ait, in hac *L. penult. in his rebus* ad tempus morae reducendam esse aestimationem; id est, in aliis rebus, quae non sunt merces. Moram Ulpianus intelligit litem contestatam, quia in strictis judiciis eô tempore mora committitur.

Cur

Cur verò propter moram commissam ante litem contestatam, fieret aestimatio tempore condemnationis? Cur non etiam morâ factâ post litem contestatam; eôdem tempore fieret aestimatio? Denique alia est ratio condictionis furtivae, & condictionis triticiariae. Condictione furtivâ intendimus rem dari, quae nostra est. §. *sic itaque. Instit. de act.* & quasi semper nostra fuerit, fit aestimatio quanti plurimi unquam fuit. d. *L.* 8. §. 1. *D. de condict. furt.* Condictione triticiariâ intendimus dari rem, quae nostra non est; neque ipsam rem dari, sed aestimationem rei, quae spectatur tempore condemnationis. In aliis rebus praeter merces; quia servus, vestis, fundus, deteriores fieri possunt, à lite contestatâ ad tempus condemnationis: ideo fit aestimatio, quô deteriores factae fuerint, post litem contestatam.

An fidejussor simpliciter acceptus in omnem causam fidejussisse videatur.

CAPUT XXIII.

AFRICANUS *in L. centum.* 8. *D. de eo, quod cert. loc. dar. oport.*

CEntum Capuae dari stipulatus, fidejussorem accepisti; ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore peti debebit. Id est, ut si alibi quàm Capuae petantur, arbitrariâ actione agi debeat, lisque tanti aestimetur, quanti ejus, vel actoris interfuerit, eam summam Capuae potiùs, quam alibi solvi. Nec oportebit, quòd fortè per reum steterit, quominùs tota centum Capuae solverentur, obligationem fidejussoris augeri: neque enim haec causa rectè comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est: circa cujus executionem, aestimationis ratio arbitriô judicis committitur. Ejusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto; quòd si post moram factam pars pecuniae soluta sit, & reliquum petatur; officium judicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quae petetur, Capuae solutam esse.

CUJACIUS tract. 3. ad Africanum in *L. centum. D. de eo, quod cert. loc. dar. oport.*

Quicunque actionis, aut negotii alicujus nomine intercedit, in omnem causam intercedere intelligitur, nisi taxationem certam fidejussioni apposuerit. L. fidejussores. §. 1. D. de fidejussorib. & mandat. L. 2. §. ult. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent. L. 2. *in fin.* D. qui satisd. cogant. *& his consequenter, in specie proposita, si fidejussor, qui intercessit nomine actionis arbitrariae, conveniatur aliô locô, actione arbitraria*, damnabitur in id, quod interest actoris, propter moram rei: *sicut & reus ipse, si conveniretur.*

Idem

Idem CUJACIUS aliter in commentar. ad *tit. de verbor. obligat. ad L. si servum. 91. §. nunc videamus.*

Culpa rei, fidejussori nocet. d. L. mora. L. si à colono. §. ult. *in fin.* de fidejussorib. *nam fidejussor (quantum ad eam rem attinet, quae in obligationem deducta est,) accedit in omnem causam, quae reum principalem tenet; etiam si simpliciter acceptus sit.* Non tamen crescit obligatio fidejussoris ex mora rei, *nisi nominatim in quamlibet causam accipiatur.* L. centum. *sup.* de eo quod cert. loc. L. quaero *sup.* locat.

MERILLIUS.) Titius à Maevio stipulatus est centum dari certô locô, puta, Capuae; ejusque obligationis Sempronium fidejussorem accepit: Maevius moram fecit, quominùs centum Capuae promissa solveret; puta, cùm tempus praeteriisset, quô Capuam venire, ibique solvere potuerat. *L. eum, qui.* 41. §. 1. *L. continuus.* 137. §. 1. *D. de verb. oblig. L. si testamento.* 49. §. 2. *D. de fidejussorib. & mandat.* Cùm Maevius moram fecerit, quominùs centum Capuae daret; poterit Titius Maevium aliô locô convenire arbitrariâ actione; quae datur, cùm aliquid certô locô solvi promissum est. *L.* 1. sup. *hoc tit. L. unic. C. ubi conveniat.* In quâ actione judex arbitratur, quanti interfit actoris, Capuae potiùs, quàm aliô locô solvi: nec tantùm damni facti, sed & lucri non facti ratio habetur. *L.* 2. in fin. *hoc tit.* Ita igitur post moram rei, qui destinatô locô non solvit, augeri potest obligatio ipsius, propter utilitatem loci: ut non tantùm ad centum, quae promiserat, sed in majorem quantitatem condemnetur. Sed quaerit Africanus in hac *L.* 8. an, ut augetur obligatio rei principalis propter moram, ita fidejussoris obligatio augeatur? & putat non augeri. Cujacius *tract.* 3. *ad Afric.* in hac *L.* 8. ait, fidejussorem, qui alicujus actionis, aut negotii nomine intercedit, in omnem causam intercedere; nisi taxationem certam fidejussioni apposuerit. Idque probat ex *L.* 2. in fin. *D. qui satisd. cogant. L. fidejussores.* 68. §. 1. *D. de fidejussorib. L.* 2. §. *ult. D. de administrat. rer. ad civit. pert.* & adjici potest *L.* 10. *D. rem pupill.* Tum quia mora rei noceat fidejussori. *L. si quis.* 24. §. 1. *D. de usur. L. mora.* 88. *D. de verbor. obligat. L. si à colono.* 55. §. 1. *D. de fidejussorib.* Idem tamen Cujacius, ad *tit. de verbor. obligat.* in *L.* 91. ait, fidejussorem simpliciter acceptum, non teneri in omnem causam; nisi nominatim expressum fuerit, ut in omnem causam teneretur; puta, in sortem, & usuras. Idque probat ex hac *L.* 8. ubi Africanus ait, non crescere obligationem fidejussoris, ob moram rei; & ex *L. quaero.* 54. *D. locat.* & adjici potest *L.* 5. *C. de pact. inter emptor. & vendit. comp.* & *L. fidejussor.* 10. *C. de fidejussorib.* Et quidem verius existimo, fidejussorem, qui simpliciter acceptus est, teneri tantùm in principalem obligationem; non etiam in accessiones principalis obligationis; nisi id expressum fuerit, ut teneretur: nisi etiam pro conductoribus vectigalium intercesserit, aut pro tutore pupilli. Nec movet, quòd mora rei noceat fidejussori; nocet enim non ad augendam, sed ad perpetuandam obligationem fidejussoris. Nam quia debitor post moram interitu rei non liberatur, sed perpetuatur ipsius obligatio; & conveniri potest, quasi

adhuc

adhuc res extaret *L. si ex legati.* 23. & *L. si servum*, 91. §. *sequitur. D. de verb. oblig.* Ita & propter moram rei, perpetuatur obligatio fidejussoris. *L. si à colono.* 58. §. 1. *D. de fidejussorib. & mandat.*

An cum colono partiario sit locatio, vel societas.

CAPUT XXIV.

ULPIANUS in L. cùm duobus. 52. §. *si in coëunda. D. pro socio.*

SI in coëunda societate (inquit) artem, operamve pollicitus est alter: veluti, cùm pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirùm ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quòd si rei communi socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire.

CUJACIUS in recitationib. C. ad *Tit. de locat. & conduct. in L.* 5. *Sunt coloni partiarii*. L. si merces. §. vis major D. eod. tit. *hi non videntur propriè esse conductores. Qui nummis colit, est conductor: partiarii non videntur esse conductores; id est, qui partem fructuum conferunt domino, & nihil praeterea: (quam partem pro cultura sibi reservant.)* Hoc genere societas contrahitur potiùs, quàm locatio. L. cùm duobus. §. si in coëunda. D. pro socio.

Idem CUJACIUS aliter tract. 8. ad Africanum, in *L.* 35. *D. locat.* *At in locatione conductione, dico etiam in alia quantitate consistere posse; veluti mensurâ, aut pondere*: ac proinde cùm colono partiario contrahi locationem, & conductionem, *si contrahendae locationis animus fuerit: ac praesertim si de certa fructuum quantitate, veluti modiis, vel amphoris tot, quotannis inferendis convenerit. Plinius ix.* epistol. Non nummô; sed partibus locavi. *Quin etiam tentari potest*, & locationem esse, si cum partiario ita convenerit, ut inferret quotannis fructuum, qui perciperentur, partem dimidiam, aut tertiam: nullô adjectô modô.

MERILLIUS.) Titius dedit Maevio pecus pascendum in commune; puta, ut communicaretur pecus, & communis esset pecoris foetus: vel Titius Maevio agrum poliendum dedit, ut communis esset ager, & communes fructus, qui ex agro perciperentur. Dubitationis est, quinam contractus ille dici debeat. Ulpianus in hac *L.* 52. §. 1. ait, societatem esse, cùm pecus pascendum datum fuerit; quia dominus pecus communicat, & qui pecus pascendum suscipit, operam suam confert: atque ita est societas. *L. si tibi.* 13. §. 1. *D. de praescript. verb.* Quandoque verò pecus ita pascendum datur, ut sit locatio: puta, si dominus pecuniam dedit, ut pecus pasceretur. *L. si domum.* 9. §. *Celsus. L. locat.* Quandoque verò est con-

tractus innominatus; puta, si pecus non communicatum fuerit; sed tantùm convenerit inter dominum, & pastorem, ut foetus pecoris communis esset; vel certis partibus inter eos divideretur. *L.* 8. *C. de pact.* Ita dubitari potest, an cùm dominus fundum dederit colono, ut quotannis certos modios fructuum, vel certam partem, puta tertiam, aut quartam fructuum, pro pensione inferret: an iste contractus, societas, vel locatio dici debeat. Movet, quòd merces locationis in pecunia numerata, seu pretio consistere debeat. §. 1. *Instit. de locat. & conduct.* *L.* 1. §. *ult. D. mandat.* *L.* 1. §. 7. *D. deposit.* *L. si quis.* 10. §. *ult. D. de acquir. vel amitt. possess.* Alioqui, si pecunia in locatione non intervenerit, est contractus innominatus, ex quo datur actio praescriptis verbis. *L.* 5. §. *at cum do. D. de praescrip. verb.* vel est societas, ut in hac *L.* 52. Cujacius in *recitat. C. ad tit. de locat. & conduct.* in *L.* 5. ait, propriè conductores esse, qui nummis colunt; qui dant pecuniam, seu pretium pro pensione fundi conducti: sed partiarios colonos, id est, qui partem fructuum pro pensione fundi domino inferunt, non esse conductores: nec contractum hunc, locationem esse; imò potiùs societatem. Et hoc probat ex *L. si merces.* §. *vis major. D. locat.* & hac *L.* 52. Idem Cujacius *tract.* 8. *ad African.* in *L. & haec distinctio.* 35. *D. locat.* ait, mercedem locationis in alia quantitate, quàm pecunia, posse consistere: puta, si convenit inter dominum fundi, & colonum, qui fundum conduxit, ut colonus certos modios, certamve quantitatem fructuum domino inferret, aut certam partem fructuum, nullâ expressâ quantitate, aut modò. Id probat ex d. *L.* 35. in fin. *D. locat.* ubi locatio est, si fructus pro mercede praestentur. Quod & magis admitterem; nam locatio est, cùm certa quantitas fructuum datur, aut certa ponderatio. *L. licèt.* 8. & *L. si olei.* 21. *C. de locat. & conduct.* Licèt autem merces locationis in pecunia consistere debeat; id fortasse verum est, quando opera, non quando fundus locatur: & pecuniae appellatio, non tantùm ad numeratam pecuniam, sed etiam ad eas res pertinet, quae pondere, numerò & mensurâ constant. *L. ult. C. de constit. pecun.* Nec movet, quòd in hac *L.* 52. §. 1. contracta fuerat societas inter dominum, & politorem fundi, ut fructus communes essent: quia ager etiam in commune datus fuerat, id est, communicatus inter dominum, & politorem fundi. Denique in d. *L.* 25. §. *vis major. D. locat.* partiarius colonus, seu qui partem fructuum domino inferre debet, pro pensione fundi; non dicitur societatem contrahere, sed quasi societatis jure damnum, & lucrum cum domino partiri. Nihil igitur obstat, quominùs cum partiario colono locatio contrahatur; at in isto contractu locationis pactum quoddam societatis intervenire potest.

An

An pacta, quae adjiciunt, vel detrahunt, in L. pacta. 72. D. de contrah. empt. *intelligi debeant de adminiculis, vel de substantia emptionis.*

CAPUT XXV.

PAPINIANUS in L. pacta. 72. D. de contrahenda emptione.

PActa conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur, quae verò adjiciunt, credimus hoc non inesse: quod locum habet in iis, quae adminicula sunt emptionis; veluti *ne cautio duplae praestetur*, aut *ut cum fidejussore cautio duplae praestetur*. Sed quo casu, agente emptore, non valet pactum; idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. An idem dici possit, auctò postea vel deminutò pretiò, non immeritò quaesitum est: quoniam emptionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: Si omnibus integris manentibus, de augendo, vel minuendo pretio rursum convenit; recessum à priore contractu, & nova emptio intercessisse videtur.

CUJACIUS lib. 14. observat. cap. 28.

Quod ait Papinianus in L. pacta conventa. D. de contrah. empt. Sed quo casu, agente emptore, non valet pactum; idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. *Quô locô in verbo*, agente, *est* ... *nam* agente emptore, *id est*, *litem faciente*, *&* *provocante*: Agente venditore, *id est*, *defendente vendente causam suam adversùs emptorem*, *qui agit de evictione*, *vel de evictionis cautione praestanda.* Et postea. *Et rursum verba illa*, jure exceptionis, *satis demonstrant consequentia*, agente venditore, *esse accipienda de venditore reo: qui locus nondum fuerat explicatus benè. Sed his addamus etiam de pactis aliquid, quae ex intervallo detrahunt emptioni; haec sunt ex eodem contractu, ex natura, & substantia emptionis, quae his potissimùm constat, re, pretiò, consensu.* Et detrahunt emptioni non tantum, quae pretium minuunt, sed etiam quae augent pretium: *quia utròque genere disceditur à priori emptione, & nova constituitur. Mutatò enim pretiò, ex quo consistit substantia, natura, status emptionis; & emptio mutatur. Mutatis adminiculis, emptio non mutatur; sed adjicitur aliquid emptioni; sive convenerit de praestanda, sive de non praestanda cautione evictionis.* Detrahere, est recedere ab emptione: Adjicere, integrâ substantiâ emptionis, pacisci de adminiculis, & accessionibus, *&* *ut Justinianus loquitur*, *pedisequis emptionis.*

Idem ferè lib. 10. observat. cap. 14.

Sed aliter lib. 2. observat. cap. 15.

Quae ex intervallo fiunt de satisdatione praestanda ob evictionem, actionem emptori non dant: quae fiunt ex intervallo de non praestanda evictione, haec stultum est quaerere, an actionem pariant; nec enim venditori aliter utilia esse possint, quàm excipiendô. His verò pactis detrahitur emptioni, illis

illis additur: his levior, illis fit gravior conditio. *Sed utraque sunt de adminiculis: evictiones enim non perficiunt emptionem, sed jam perfectae emptioni subsidio, & auxilio sunt. At verò si ex intervallo pacta fiant de his, quae sunt ex substantia contractûs; ut puta, re, pretiô, consensu; quibus scilicet emptio perficitur: si res non sit integra, nulla nascitur actio: si res sit integra, emptio tollitur mutuô dissensu, vel etiam reformatur, renovatur, repetitur. Et hoc quidem posteriore casu, datur actio; non quidem ex pacto, sed ex nova emptione.*

Et ad tit. de contrah. empt. in L. 72.

Quaedam interponuntur super adminiculis contractûs; quaedam super substantia contractûs, sive substantialiter. Quae interponuntur super adminiculis, ea vel addunt, vel detrahunt contractui: quae addunt, non insunt contractui: quae detrahunt, insunt. *Exemplum eorum, quae addunt, est, ut cautio duplae praestetur cum fidejussore. Solebant enim in emptione tantùm cavere de duplâ; non autem satisdare, id est, fidejussorem dare.* L. emptori. D. de evictionib. *Hoc igitur pactum non inest contractui. Itaque ait hic JCtus:* quò quidem casu, agente emptore, non valet pactum: *id est, hoc pactum emptori non prodest; nec ejus actionem informat. Intelligit igitur hoc pactum non inesse, ut producat actionem. Nam quod attinet ad exceptionem, prodest: ut omnia alia pacta, ex quibus exceptio, non actio nascitur. Et huc pertinent verba haec hujus legis,* Idem vires habebit jure exceptionis agente; *quae significant, hoc pactum tribuere exceptionem emptori, quod non potuit illi tribuere actionem.*

In eâdem est sententia in Commentar. ad *Tit. D. de pact.* in *L. 7. §. quinimò. v. & in tutelae actione.*

MERILLIUS.) Pacta, quae incontinenti bonae fidei contractibus, veluti emptioni, apponuntur; parant actionem, sive ante contractum, sive in ipso contractu, sive statim post contractum fiant. *L. jurisgentium. 7. §. quinimò. D. de pact. L. in bonae fidei.* 13. *C. eòd. L. 3. C. de aedilit. actionib.* Pacta, quae ex intervallo, sive postea contractibus bonae fidei apponuntur, quandoque insunt, seu contractu ipso videntur contineri: quandoque non insunt. Inesse videntur, quae detrahunt: non inesse, quae adjiciunt. Ex intervallo autem fieri dicuntur, quando contrahentes ad alios actus diverterint. *L. continuus. 137. D. de verb. obligat. L. 6. §. ult. D. de duob. reis. L. quod ait. 23. §. ult. D. ad leg. Jul. de adulter.* Sed non satis constat, quaenam sint pacta, quae detrahunt; vel quae adjiciunt contractui emptionis. Cujacius *lib. 10. observat. cap. 14. & lib. 14. observat. cap. 28.* putat, pacta detrahentia esse, quae fiunt circa substantiam contractûs emptionis, puta, rem, aut pretium; pacta adjicientia, quae fiunt de adminiculis emptionis, veluti evictione, cautione duplae, arrhis, satisdatione. Et pacta detrahentia esse, sive augeatur pretium, sive minuatur: & pacta adjicientia esse, sive conveniat, ne de evictione caveatur; sive conveniat, ut cùm fidejussore caveatur. Finge, Titius servum, vel aliam rem vendidit Maeviô, cujus nomine de dupla cavere debet, seu duplam promittere, si res evincatur. Postea, seu ex intervallo, convenit inter Titium venditorem, & Maevium emptorem, ut servus majori, aut

minori pretiô sit venditus. Id pactum existimat detrahere contractui emptionis; quia sive augeatur, sive minuatur pretium rei venditae, utrôque modô mutatur prior contractus, & novus constituitur, auctô, vel minutö pretiô: & ita detrahitur contractui. Si postea, vel ex intervallo conveniat, ne Titius venditor de dupla caveat, aut etiam, ut de dupla caveat datô fidejussore, si servus evincatur; hoc pactum adjicere existimat, quia cautio duplae est de adminiculis, ut de caeteris consequentiis emptionis: at mutatis adminiculis, emptio non mutatur; sed adjicitur aliquid emptioni, sive convenit de praestanda, aut non praestanda cautione evictionis. Verùm idem Cujacius *lib.* 2. *observat. cap.* 15. & ad *L.* 7. *D. de pact.* & ad *tit. de contrah. empt.* in hac *L.* 72. aliam interpretationem affert, scilicet, utraque pacta detrahentia, & adjicientia fieri de adminiculis: & pactum detrahens esse, si conveniat inter venditorem, & emptorem, ne duplae cautio praestetur: quia cùm servus vaeniir, duplae cautio est ex adminiculis, seu consequentiis contractûs. *L. emptori.* 37. §. 1. *D. de evictionib.* Si igitur, conveniat ne venditor de dupla caveat, hoc pactum detrahit aliquid, quod est ex adminiculis contractûs. Pactum autem adjiciens esse existimat, si convenerit, ut cum fidejussore duplae cautio praestetur: quia hoc pactum adjicit aliquid, quod non est ex natura contractûs; siquidem venditor tantùm tenetur de dupla cavere stipulatione interpositâ, non etiam fidejussorem dare, *L.* 4. & d. *L.* 37. *D. de evictionib.* Et hanc posteriorem interpretationem magis admitterem, pacta detrahentia, & adjicientia fieri circa adminicula, non circa substantiam contractûs. Nam in priori interpretatione, pactum detrahens dicitur, quod est de augendo, vel minuendo pretio: at vix est, ut pactum detrahens dici possit, cùm sit de augendo pretio: augere non est detrahere. Secundùm eandem interpretationem, pactum adjiciens est, si conveniat, ne duplae cautio praestetur; at vix est, ut pactum adjiciens dici possit, quod detrahit aliquid contractui: detrahere non est adjicere. Praeterea si pactum detrahens intelligatur de pretio aucto, vel minuto, id pactum inesse non potest contractui, vel contractu contineri: quod tamen vult hîc Papinianus. Finge ex intervallo convenisse inter Titium venditorem, & Maevium emptorem, ut servus, qui vaenierat centum, venditus esset quinquaginta: & ita detractum esse de pretio rei venditae; vel convenisse, ut servus venditus esset centum, & viginti; & ita adjectum esse aliquid pretio rei venditae: hoc pactum, quod fit de augendo, vel minuendo pretio rei venditae, mutat priorem contractum, & facit novum contractum. d. *L.* 7. §. *adeo.* & *L. si unus.* 27. §. *pactus. D. de pact.* Hoc igitur pactum, quod adjicit aliquid, vel minuit pretio rei venditae, inesse non potest contractui, à quo recessum est. Eâque ipsâ ratione Paulus hîc Papinianum notare voluit: cùm enim prius Papinianus egisset de pactis, quae fiunt circa adminicula; & postea quaesiisset de pactis, quae fiunt circa substantiam, puta, de augendo, vel minuendo pretio; id frustra quaeri notat, quia eô pactô prior contractus tollitur; & pactum inesse non potest contractui, qui sublatus est. Ita igitur apparet, pacta, quae fiunt circa substantiam ex intervallo, inesse

non

non posse contractui: sed tantùm pacta, quae fiunt de adminiculis; quaeque detrahere, vel adjicere possunt contractui, manente ipsius contractûs substantiâ. Ad extremum, observandum est, haec verba *L. 72. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore*; variam quoque interpretationem apud Cujacium subjisse. Nam *lib. 14. observ. c. 28. agente venditore*, inquit, id est, defendente venditore causam suam adversùs emptorem, qui agit de evictionis cautione praestandâ. Finge, ex intervallo convenit inter venditorem, & emptorem, ne duplae cautio praestaretur: emptor agit adversùs venditorem, ut de duplâ caveat; venditor pacti exceptionem opponit, quòd convenerit, ne duplae cautio praestaretur; & ita venditorem excipientem agere existimat, ut in *L. 1. D. de edend.* At in *tit. de contrah. empt.* ad hanc *L. 72.* aliter verba illa accipit, *agente venditore*, id est, causam movente. Finge, post perfectam venditionem ex intervallo convenisse, ut venditor caveret de evictione datô fidejussore; illud pactum adjicit aliquid contractui, quod est extra naturam contractûs, d. *L. 7. §. quinimò, D. de pact.* & ideo non videtur contractu contineri, aut inesse contractui, ut pariat actionem. Maevius emptor agere non poterit adversùs Titium venditorem, ut caveat de duplâ cum fidejussore. Sed si Titius venditor petat pretium servi à Maevio emptore; agenti venditori, & pretium petenti, Maevius poterit opponere exceptionem pacti; quòd convenerit, evictionis nomine fidejussorem dari: neque ante emptor pretium solvere tenebitur, quàm Titius venditor fidejussorem dederit. Pactum igitur adjiciens, ex intervallo factum, non proficit emptori, ut actionem habeat; sed ei proficit, ut habeat exceptionem *agente venditore*, id est, actionem movente, & pretium petente. Quam posteriorem interpretationem magis admitterem, rejectâ priori: quid enim opus est agendi verbô minùs propriam significationem afferre? puta, ut agere sit excipere; cùm propria convenire possit, ut agere sit actionem movere.

An perfectâ venditione periculum sit venditoris, vel emptoris, ante traditionem.

CAPUT XXVI.

AFRICANUS in L. si fundus. 33. D. locati.

SI fundus, quem mihi locaveras, publicatus sit; teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat; quamvis per te non stet, quominùs id praestes. Quemadmodum (inquit) si insulam aedificandam locasses, & solum corruisset, nihilominùs teneberis. Nam & si vendideris mihi fundum, isque priùs, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit; tenearis ex

empto

empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas; non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi.

CUJACIUS tractatu 8. ad Africanum, in *L. si fundus.* 33. *D. locati.* *Vendidisti mihi fundum, is publicatus est sine culpa tuâ ante traditionem; quamvis absit culpa, vel mora tua, tamen teneris mihi ex empto, sed in simplum; ut scilicet vel me liberes actione ex vendito, vel pretium, quod accepisti, restituas: non etiam in omne id, quod interest fundum mihi tradi.* Ex quo intelligitur, post perfectam venditionem, periculum non respicere ad emptorem.

Idem CUJACIUS lib. 23. observationum, cap. 29.

In specie proposita, si mortuus sit Stichus, antequàm mihi eum dares; perit is mihi quidem, nec possum agere praescriptis verbis, quanti interest, Stichum mihi dari: d. L. naturalis. §. 1. *sed pecunia, quam dedi, mihi non perit, quia eam condicere possum.* Quod fit exemplô emptionis. L. si fundus. D. locat.

Sed aliter in recitationibus ad *tit. C. de actionib. empt.* ubi attingit *L.* 13.

Praeterea in actione ex empto veniunt fructus, & foetus post perfectam venditionem. L. 13. & L. penult. hoc tit. *& generaliter omne commodum, quod rei venditae accessit post perfectam venditionem: cùm etiam emptor omne periculum sustineat, & onus functionum, capitationum publicarum*, L. 13. Sed emptor periculum sustinet etiam ante traditionem: onus autem publicarum functionum non nisi post traditionem.

MERILLIUS.) Si Titius fundum vendiderit Maevio, & pretium fundi acceperit, deindeque fundus publicatus fuerit; ait Africanus in hac *L.* 33. Titium debere pretium fundi Maevio restituere. Quâ ratione probat Cujacius *tract.* 8. *ad Africanum*, in eadem *L.* 33. post perfectam venditionem, puta, cùm de re, & pretio convenerit; ante traditionem periculum esse venditoris, non emptoris. Idque aliâ ratione probat Cujacius *lib.* 23. *observat. cap.* 29. quòd in *L. ult. D. de condict. caus. dat.* sit permutatio, & periculum sit ejus, qui rem dare debet; exemplô venditionis, in quâ periculum est venditoris, qui rem debet tradere. Tentari etiam potest ex *L. quod si.* 114. §. 1. *D. de pericul. & commod. rei vendit.* ante traditionem periculum esse venditoris, post traditionem emptoris: Tum quia res suo domino perire debet, *L. pignus.* 8. *C. de pign. act.* At venditor ante traditionem manet dominus rei venditae, *L. si pater.* 8. *C. de actionib. empt.* Igitur ante traditionem, res venditori, ut domino, potiùs quàm emptori perire debet. Verùm idem Cujacius in recitationibus ad *tit. C. de act. empt.* ait, post perfectam venditionem, emptorem omne periculum sustinere, etiam ante traditionem. Quod magis admitterem, ut expressum est in §. *cùm autem.* 3. *Instit. de empt. & vendit.* in quibus libris certa juris principia sunt tradita: & in *L. ult. C. de pericul. & commod. rei vendit.* ubi re emptâ ante traditionem, emptoris est periculum, itaut nec pretii repetitionem habeat. Et quidem cùm omne emolumentum pertineat

neat ad emptorem ante traditionem, si quid rei venditae accesserit; periculum quoque ad eum debet pertinere, *L. id, quod. 7. D. de pericul. & commod. rei vend.* Non movet, quòd in hac *L.* 33. venditor emptori pretium restituere tenetur, publicatô fundô ante traditionem; quia fundus non perit, sed est tantùm quaedam difficultas circa traditionem: cùm auctoritate principis publicatus fuerit, seu militibus assignatus, *L. item si is. D. de rei vindicat. L. Lucius. 11. D. de evictionib.* Venditor publicatione, veluti vi quadam majore prohibetur, ne fundum possit tradere; ideo tenetur pretium fundi, quod accepit, emptori restituere. Non movet etiam d. *L. ult. de condict. caus. dat.* ubi non est permutatio, ut suô locô ostendimus. Nec *L. 14. D. de pericul. & commod. rei vendit.* ubi materia perit venditori ante traditionem, quòd culpâ ipsius perierit: etenim ob culpam venditoris ante traditionem res ipsi perire debet, *L. lectos. 12. D. eod. tit. de pericul. & commod. rei vendit.* Denique licet venditor maneat dominus rei venditae, donec tradita fuerit; tamen periculum est emptoris, quia & commodum ipsius est, si quid rei venditae accesserit ante traditionem. Ajunt Impp. in d. *L. 8. C. de pign. act.* rem domino perire: non ajunt, rem alii, quàm domino perire non posse. Regulariter verum est, ut domino pereat; sed alii quàm domino perire potest: veluti emptori perit, antequàm per traditionem factus sit dominus.

An is, qui onus vehendum conduxerit, teneatur condictione ex promutuo, vel ex locato, si cessaverit.

CAPUT XXVII.

ULPIANUS in L. ex conducto. 15. §. Item cùm quidam. penult. D. locati.

ITem cùm quidam nave amissâ, vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur; rescriptum est ab Antonino Augusto, non immeritò procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere: cùm munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.

CUJACIUS lib. 3. observationum, cap. 1.

Si nautae, qui onus transvehendum conduxit, vectura prorogata fuerit; naufragiô factô, ab eo repeti vecturam in persona Procuratoris Caesaris, Antoninus rescripsit: quia transvehendi munere nauta perfunctus non est. Quod & in aliis personis onus vehendum locantibus obtinere locum, Ulpianus tradit in L. ex conducto. §. Item cùm quidam. D. locat. Et posteà: *Libentiusque nunc Pet. Pithoei adolescentis eruditissimi, & acutissimi judicio acquiesco, qui rectè Flor. legi,* promutua: *& quasi mutuum dari, quod-*

cumque

eumque prorogatur: atque ita vecturam prorogatam praecipi pro mutua, & non transvectò onere, in credito remanere dicebat.

Idem CUJACIUS lib. 8. observationum, cap. 34.

Si solvero pecuniam, quam nondum debeo, nec postea debere coepi; ut si vecturam nautae solvero, qui vehendi munere postea non fungitur: ex promutuo est actio, sive repetitio, id est, condictio, L. ex conducto, §. item cùm quidam. D. locat. *quae quasi ex mutuo datur.*

Sed aliter in recitationib. Cod. ad *tit. de locat. & conducto, in L.* 5. *Si vector ille conduxerit annonam vehendam, acceptâ mercede promutue, & fidem fallat*, tenetur ex locato, L. 15. *& d.* §. item cùm quidam, *vel ut mercedem reddat, vel quod interest.*

MERILLIUS.) Ulpianus ait, vecturam, quam quis promutuam dederit, posse repeti; si vehendi munere perfunctus non sit. Legitur in Florent. *pro mutua*, alii Codices legunt, *pro invecto*, alii, *prae manu*: sed Florentina lectio est rectior: nam promutuum dari dicitur, cùm aliquid prorogatur. *L. nomen.* 34. §. *ult. D. de legat.* 3. *L. Sticho.* 40. §. *servo.* ℣. *item quaero. D. de statulib.* Licet ergo per casum fortuitum steterit, puta, per naufragium, ne nauta onus transveheret; vectura tamen ei prorogata repeti potest. Ut etiam aliis omnibus, qui onera vehenda suscipiunt, puta, rhedario, si rheda in medio itinere fracta fuerit. Nec obstat *L. penult.* §. *navem. D. locat.* ubi dominus tenetur vecturam solvere, licet merces transvectae non fuerint: quia merces erant illicitae, & in commissum ceciderant: atque ita domini culpâ factum erat, ut navis retineretur, & onus impositum non transveheretur. Vectura igitur prorogata repeti potest. Sed quaeritur, quâ actione repeti debeat. Cujacius *lib.* 3. *observ. cap.* 11. & *lib.* 8. *cap.* 34. putat, repeti posse condictione ex promutuo, sive condictione indebiti: quia is, qui indebitum accepit, perinde tenetur, ac si mutuum accepisset; & eâdem actione, *L.* 5. §. *is quoque. D. de obligat. & act.* Idem tamen Cujacius in recitat. *Cod. ad tit. de locat. & conduct. in L.* 5. ait, nautam, qui merces vehendas susceperit., & mercedem promutuam, seu prorogatam acceperit; *teneri ex locato*. Idque probat ex hac *L.* 15. §. *item cùm quidam*: quasi ea mens sit Ulpiani, ut vectura possit repeti à nautâ actione locati: quod verum est; & dandam esse potiùs actionem locati, quàm condictionem indebiti. Nam condictio indebiti, stricti juris est; actio locati, bonae fidei. Condictione indebiti vectura, seu merces oneris ferendi tota repeteretur; actione locati haberetur ratio ejus, quod nauta oneris vehendi causâ in navem instruendam impendii fecerit; nec totum haberet dominus actione locati, quod haberet condictione indebiti, seu condictione ex promutuo.

An necesse sit in permutatione dominium transferri; vel sufficiat rem tradi, ut in venditione.

CAPUT XXVIII.

PAULUS in L. 1. §. ideoque. D. de rer. permut.

IDeoque Paedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem.

CUJACIUS in repetita praelect. *L. naturalis. D. de praescript. verb.*
Permutatio nomen suum, id est, proprium non habet; ergo rei traditionem exigimus in permutatione; & eam scilicet, quae dominum facit accipientem. Nullam enim contrahit permutationem, qui tradit rem alienam; & ideo ex altera parte, rei alienae traditione facta, si alter nolit rem tradere, tenetur tantùm condictione ob rem dati, non actione praescriptis verbis, quasi ex permutatione: quia nulla permutatio est; & condictio competit, non ex permutatione, sed ex aequo, & bono. L. in summa. 68. D. de condict. indebit.
Idem CUJACIUS in paratit. Cod. ad *tit. de rer. permutat.*
Permutatio est mutatio dominii, L. scribit. D. de aur. argent. legat. *emptio non semper rei dominium mutat.*
Sed aliter in recitat. ad lib. 32. Pauli ad edictum in *L. 1. D. de rer. permutat.*
Et in hoc est differentia, quia inveniri non potest, contractâ permutatione, quis sit venditor, quis emptor; quid merx, quid pretium: & utrumque potius merx esse videtur, & ut Paulus significat in L. 1. D. de contrah. empt. *illô locô*: Nec ultrà merx utrumque, sed alterum pretium vocatur: *& consequenter, quia utrumque merx esse videtur, uterque contrahentium tenetur evictionis nomine duntaxat*; non etiam omnino ut rem faciat accipientis.
Et lib. 23. observationum, cap. 28.
In permutatione non apparet quid sit merx, quid pretium; & utrumque potiùs merx esse videtur, ut Paulus significat in L. 1. D. de contrah. empt. *illô locô*: Non ultrà merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. *Et consequenter, uterque contrahentium tenetur evictionis nomine duntaxat*, non omnino ut rem faciat accipientis.

MERILLIUS.) Paulus ex Paedio refert, *rem alienam dantem, nullam contrahere permutationem*. Finge: Titius rem alienam, puta, quae erat Sempronii, dedit Maevio permutationis causâ, ut ab eo rem aliam acciperet: Titius non contrahit permutationem. Nec potest agere adversùs Maevium, ut aliam rem tradat: quia non est permutatio, nullâ re interveniente. At cùm Titius rem alienam dederit, perinde est, ac si nullam

iam dedisset; & ideo non contrahitur permutatio. Plerique ex hoc loco inferunt, quòd in permutatione dominium transferri, & res accipientis fieri debeat: nam quia rei alienae permutatio non contrahitur, sequens esse videtur, ut res propria dari debeat, & ita dominium transferri. Cujacius in ea est sententia in *recitat. ad tit. D. de contrah. empt. in L. 1.* in *repetit. praelect. ad L. naturalis. D. de praescript. verb. in* §. 1. & in *paratit. C. ad tit. de rer. permut.* ubi & aliis rationibus probat, quòd in permutatione dominium transferre necesse sit, ex *L. scribit*. 34. *D. de aur. argent. legat.* & *L. ult. D. de condict. caus. dat.* Idem verò Cujacius *lib. 32. Pauli ad edictum, in L. 1. D. de rer. permutat. & lib. 23. observat. cap.* 28. aliter sentit, quòd ut in emptione venditor non tenetur rem facere accipientis, *L. si ita.* 25. *D. de contrah. empt. L. ex empto.* 11. §. 1. *D. de actionib. empt.* Ita in permutatione neuter teneatur rem facere accipientis; quia utrumque est merx, uterque venditor esse intelligitur. Et hoc magis probarem: nam in permutatione sufficit rem tradi; res tradita initium obligationi praebet: at traditio non infert dominii translationem, *L. traditio. D. de acquir. rer. domin. L. si rem.* 28. *D. de verb. obligat.* Nec verò rectè ex hoc §. colligitur, in permutatione dominium transferri debere: licet enim rei alienae permutatio non contrahatur, non tamen sequitur dominium transferri debere. Sufficit in permutatione, rem propriam dari dominio in bonis, vel possessionis, licet propria non sit dominio juris civilis. Satis est ad contrahendam permutationem, si res quoquô modô propria detur; dummodô non detur aliena. Bonae fidei possessor permutationem contrahit, quia rem suam dat: non dat alienam, sed dat propriam, quaeque ad eum pertinet, *L. verbum.* 181. *D. de verb. signific.* in qua habet dominium in bonis, *L. si fur.* 32. *D. de usurpat. & usucap. L. quamvis.* 84. *D. de furt.* vel dominium possessionis, *L.* 4. §. 2. *D. de alienat. judic. mutand. caus. fact. L. 1. C. Greg. si sub alter. nom. res empt. er.* Non dicimus, bonae fidei possessorem dominium transferre, aut rem facere accipientis; quia dominium, quod nondum habet ex jure civili, in alium transferre non potest: & tamen permutationem contrahit. Igitur non est necesse in permutatione, ut dominium transferatur. Tantûm ex hoc §. colligitur, quòd re alienâ datâ non contrahatur permutatio: sed non potest colligi, quòd in permutatione dominium transferri necesse sit. Nec meliùs probatur ex d. *L.* 34. *D. de aur. argent. legat.* siquidem in permutatione dominium mutatur, ut in venditione, si venditor sit dominus, d. *L.* 20. *D. de acquir. rer. domin.* Non tamen necesse est, ut venditor rem faciat emptoris, aut dominium in emptorem transferat. Venditor tenetur ad factum traditionis, non etiam ad effectum dominii per traditionem transferendi. Si quis dominus rei datae, ex causa permutationis dominium transfert; veluti si quis aurum suum dederit aurifici, ut ex eo auro annulum faceret, dominium transfertur, d. *L.* 34. Caeterum in d. *L. ult. D. de condict. caus. dat.* non fuit permutatio, sed alius contractus innominatus, ut ostendimus *lib. 2. observationum, cap.* 14.

Unde actio praescriptis verbis dicta sit.

CAPUT XXIX.

CELSUS in L. 2. D. de praescript. verb. & in fact. actionib.

NAm cùm deficiunt vulgaria, atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.

CUJACIUS in notis priorib. Institut. ad *tit. de locat. & conduct.*
Huic actioni nomen est, quòd detur ex praescripto conventionum, vel proinde uti convenerit, si conventio scripta non sit, L. 1. §. si quis servum. D. deposit. L. si dominus. D. de praescript. verb. *Est igitur praescriptis verbis, id est, προγεγραμμένων συμφώνων actio: sic enim à Constantino nuncupata est* lib. 2. Epitom. tit. 3. *Ex quo apparet, non omnem in factum actionem & praescriptis verbis esse: siquidem non omnis in factum actio ex conventione descendit; omnis tamen actio praescriptis verbis, ex conventione descendit.*

Idem CUJACIUS in Comment. ad *tit. D. de pact. in L. jurisgentium.* 7. in princip.
Praescriptis verbis cur dictr fit, Institut. 3. *exposuimus*, tit. de locat. *Quod in hunc locum omnino, transferendum est.* Nec probanda illorum sententia, qui quòd ejus verba rei gestae explicationem contineant, id ei nomen datum putant: *hâc enim ratione in factum civilis accommodata legi Aquiliae, imo omnes in factum actiones, praescriptis verbis appellabuntur.*

Idem CUJACIUS in paratit. Cod. ad *tit. de rer. permutat.*
Praescriptis verbis, quia datur ex conventione uti praescripta est, nec habet aliud nomen proprium: nam si negotii non est proprium nomen, nec possit esse actionis, quae ex eo nascitur; nec aliter ea demonstrari, quàm dicendô agi secundùm verba conventione praescripta.

Sed aliter in recitationib. ad *tit. de praescript. verb. in L.* 1. in princ.
Et notandum, hanc ideo vocari praescriptis verbis, quòd rei gestae narrationem contineat. *Dicitur etiam in factum, quasi in factum composita,* tit. de exceptionib. *in princip. vel quasi in factum concepta.* Et postea: *Si haec actio, quâ ratione in factum dicitur, eâdem dicitur praescriptis verbis; rectè omnes actiones in factum, dicuntur etiam praescriptis verbis: quod falsum est.*

MERILLIUS.) Ex contractibus innominatis prodita est actio praescriptis verbis in factum, ad instar actionum, quae ex contractibus nominatis dantur: non tamen ex omnibus contractibus innominatis, *L. ult. D. de condict. caus. dat.* sed quatenus contractus innominati accedunt ad contractus nominatos. Veluti actio in factum proxima locati, datur quatenus contractus accedit ad locationem, *L. 5. §. rem tibi. 12. D. commodat.*

modat. L. 1. §. si quis servum. 7. D. deposit. Actio in factum proxima empti, datur ex contractu innominato, qui similis est contractui emptionis. *L. si convenit. 6. D. de rescind. vend.* Actio in factum proxima mandati, datur ex contractu innominato, ut accedit ad contractum nominatum mandati. *L. 5. §. 4. D. de praescript. verb. & in fact. actionib.* Actio in factum proxima commodati, datur ex contractu innominato, qui accedit ad commodatum, *L. si gratuitam. 17.* in princ. *D. de praescr. verb.* Ista verò actio praescriptis verbis, dicitur *civilis*; quia jure civili, seu interpretatione Prudentum est prodita; ne litigantes causâ caderent, si aliam pro alia actionem exercerent: quod in contractu incerto facilè evenire poterat. Ista quoque actio *utilis* dicitur, *L. cùm mota. 6. C. de transact.* quia comparata est ad instar directae actionis ex contractibus nominatis. Dicitur *in factum*, quia factum, & rem, uti gesta est, demonstrat. d. *L. 6. C. de transact.* Verùm non satis constat, cur dicta sit *praescriptis verbis*. Cujacius ad *tit. de pact.* in *L. 7.* negat, ideo dictam fuisse praescriptis verbis actionem, quia ejus verba rei gestae explicationem contineant. Idem tamen in recitationib. ad *tit. D. de praescript. verb. in L. 1.* ait, hanc actionem ideo vocari *praescriptis verbis*, quòd rei gestae narrationem contineat. In *notis prioribus Institut. ad tit. de locat. & conduct.* refert ex Constantino Harmenopulo, dictam esse *praescriptis verbis*, ex praescripto conventionum. In *paratit. C. de rer. permutat.* dari secundùm verba conventione praescripta: & praescripta verba interpretatur *conclusa conventione*, *praefinita*, *praestituta conventionibus*; sive conventiones scriptae fuerint, sive non, d. *L. 1. §. si quis servum. 7. D. deposit. L. si dominus. 8. D. de praescript. verb.* Verius est tamen, actionem praescriptis verbis dici, non propter verba conventione praescripta, seu praestituta; sed ob verba praescripta, seu proposita ante actionem. Atque ita voluit Harmenopulus intelligere, *προγεγραμμένων συμφώνων*, *praescriptis conventionibus*, quòd praescriberentur, seu proponerentur conventiones, ex quibus in factum agebatur: proponebatur, seu praescribebatur conventio, negotium uti gestum erat; & postea ex verbis illis praescriptis in factum agebatur. Veluti, si contractus permutationis initus esset, cùm Titius rem suam dedisset Maevio, ut ab eo aliam acciperet: praescribebat Titius, se rem suam dedisse Maevio, ut ab eo aliam acciperet: & ita praescriptis verbis agebat, ad id, quod intererat sibi à Maevio rem datam non fuisse, uti convenerat. Idemque dicendum est de ceteris contractibus innominatis, ex quibus datur actio praescriptis verbis, ad id, quod interest, non esse datum, aut factum, quod convenit. In contractibus nominatis non erat necesse verba conventionis, seu negotii gesti praescribi; sed sufficiebat actionem proponere, puta, empti, locati; quarum actionum certa erat natura. *L. in emptionibus. 43. D. de pact.* At cum esset contractus incertus, necesse erat praescribi verba conventionis, ut ex praescriptis verbis ageretur. Licèt autem actio *praescriptis verbis* dicatur in factum, quia factum, & rem gestam demonstrat; non tamen omnes actiones in factum dicendae sunt *praescriptis verbis*. Omnes praescriptis verbis actiones sunt in factum actiones; sed non omnes in factum actio-

nes

nes sunt praescriptis verbis. Actiones praescriptis verbis in factum, tantùm dantur ex civilibus negotiis, seu contractibus innominatis, qui sunt similes contractibus nominatis; at aliae actiones in factum, dantur ex aliis causis. *L. actionum. 25. §. in factum. D. de obligationib. & actionib.*

An actio in factum, quae datur exemplô legis Aquiliae, sit civilis, vel praetoria.

CAPUT XXX.

ULPIANUS in L. qui servandarum. 14. D. de praescript. verb. & in fact. actionib.

QVi servandarum mercium suarum causâ alienas merces in mare projecit, nullâ tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolô, de dolo tenetur.

CUJACIUS in recitationib. ad *tit. de praescript. verb. in L. 1.*

Alia est actio civilis in factum, quae non est praescriptis verbis: id declaratur exemplô ex lege Aquilia. Ex lege Aquilia est actio directa, quae etiam civilis dicitur. L. si heres institutus. §. 1. D. ad Trebel. *quae tunc competit, cùm corpus corpori damnum dedit; ut si quis suâ manu servum alienum occiderit, tunc competit actio legis Aquiliae directa. At quid, si corpori damnum datum sit, sed non à corpore; verùm corporis occasione? ut si quis servum incluserit, atque ita fame perierit; corpus damnum non dedit, sed causam damni. Hic non agitur directâ lege Aquiliâ, sed dabitur utilis actio legis Aquiliae, quae est* in factum civilis, *quia datur in casu simili legis Aquiliae.*

Idem CUJACIUS in not. priorib. Instit. ad *tit. de lege Aquil. in §. ult.*

Utilis actio, quae & in factum dicitur: est autem in factum civilis, *id est, ad instar legis Aquiliae.*

Idem CUJACIUS in not. secund. Instit. ad *tit. de leg. Aquil. in §. ult.*

Utilis est in factum civilis, comparata ad exemplum Aquiliae: haec est in factum praetoria.

Sed aliter in Commentar. ad *tit. de pact. in L. 7.* in princip.

Quamobrem in L. qui servandarum, *in princip. inf.* de praescript. verb. in factum actionem pro praetoria, non pro civili, accipimus necessariò.

MERILLIUS.) Plures sunt species actionis in factum, non satis distinctae in Glossariis; nec de omnibus sub hoc tit. agitur. Alia est actio praescriptis verbis in factum ex contractibus innominatis, seu incertis: quae

quae comparata est ad instar directarum actionum, ex contractibus nominatis. Alia est actio utilis in factum, quae datur ad instar directarum actionum ex legibus, & SCtis: veluti actio in factum, quae datur ad exemplum directae actionis ex lege Aquilia, *veluti ex lege Aquilia. L. boves. 53. D. ad leg. Aquil.* Ulpianus in *collat. leg. Mosaic. cum L. Rom. tit.* 12. quae *accommodatur legi Aquiliae. L. quia actionum. 11. D. de praescript. verb.* Alia est actio in factum praetoria, quae datur à Praetore causâ cognitâ, deficientibus aliis actionibus: cùm nec directa actio competit, nec utilis accommodari potest. *L. Jurisgentium. 7. §. 2. D. de pact. L. 1. D. si mensor fals. mod. dixer. §. ult. Instit. de leg. Aquil.* Alia est actio in factum, quae est subsidiaria omnium actionum; quando & ipsa actio de dolo non competit. *L. non debet. 11. D. de dol. mal.* Aliae sunt actiones in factum, quae ex delictis dantur, vel ex edicto Praetoris; si quis adversùs edictum Praetoris fecerit. Veluti si libertus absque veniâ patronum in jus vocaverit. *L. si libertus. 12. D. de in jus vocand. L. actionum. 25. §. 1. D. de obligat. & actionib.* Si quis missum in possessionem non admiserit. *L. 3. D. Ne vis fiat ei, qui in possess.* Cùm igitur plures sint species actionis in factum; dubitari saepè potest, quaenam actio in factum intelligi debeat, ut in principio hujus *leg.* 14. Finge: Titius, & Maevius habebant merces in eâdem navi; Titius merces Maevii in mare projecit: si Titius id fecerit navis exonerandae causâ, *nullâ actione tenetur* Maevio, licèt mercibus jactis ei damnum dederit; id est, non tenetur directâ actione legis Aquiliae, nec utili actione in factum, quae datur exemplò legis Aquiliae; quia Titius id fecit imminente periculò, ut navis nimiùm onusta levaretur. *L. 2. §. 2. D. ad L. Rhod. de jactu.* Sed si Titius sine causa, id est, nullò imminente periculò id fecerit; Ulpianus ait, Titium teneri actione in factum; vel actione de dolo, si dolò id fecerit: puta, si ideo merces Maevii jecerit, ut suas servaret, easque solus majori pretiò venderet. Cùm Ulpianus ait, Titium teneri actione in factum, si sine causa merces Maevii in mare jecerit; non immeritò quaeritur, quaenam actio in factum intelligi debeat: & videtur, intelligendam esse actionem in factum, quae datur exemplò legis Aquiliae, quando aliò modò, quàm à corpore damnum datum est. *d. §. ult. Instit. de leg. Aquil.* veluti si quis mihi de manu nummos excusserit, ut in flumen, vel cloacam caderent. *L. si servus. 27. §. si quis de manu. 13. D. ad leg. Aquil.* Sed adhuc quaestionis est, an ista actio utilis in factum, quae datur exemplò legis Aquiliae, civilis, vel praetoria dici debeat. Cujacius in *notis prioribus*, & in *not. secund. Instit. ad d. §. ult. Instit. de leg. Aquil.* & in *recitationib. ad tit. de praescript. verb.* in *L. 1.* & praetereà in *recitat. ad tit. de servitutib. praedior. urbanor.* in *L. si fistulae. 18.* civilem dici debere existimat: nec desunt rationes, quibus haec sententia juvari potest. Primò, quòd ut actio praescriptis verbis in factum, quae datur ex contractibus innominatis, exemplò directae actionis, quae datur ex contractibus nominatis, civilis est. *d. L. 7. §. 2. D. de pact. L. si convenerit. 23. D. comm. divid.* Ita etiam actio utilis, quae datur exemplò directae actionis ex lege Aquilia, civilis dici debeat. Secundò, quòd in

in d. §. *ult. Instit. de leg. Aquil.* actio in factum praetoria distinguitur à directa, & utili actione legis Aquiliae: quasi hae actiones sint civiles, illa tantùm praetoria. Tertiò, quia verbum *ex legibus*, accipiendum sit tam ex legum sententiâ, quàm ex verbis earum. *L. verbum. 6. D. de verb. signific.* Si igitur actio, quae datur ex verbis legis Aquiliae, civilis est; actio quoque, quae datur ex sententia legis Aquiliae, civilis dicenda est. Idem tamen Cujacius ad *tit. de pact.* in d. *L. 7.* in princip. ait, principium hujus *legis* 14. de actione in factum praetoriâ necessariò accipiendum. Et quidem, si intelligit actionem in factum utilem, quae datur exemplò *legis Aquiliae*; eam praetoriam esse existimat. Sed fortè intelligit actionem in factum praetoriam, quae non est utilis; quae non datur exemplô legis; sed cùm sententia legis deficit: & tamen aequitas dandam actionem suadet, d. §. *ult. Instit. de leg. Aquil.* Magis tamen probamus, actionem in factum utilem debere intelligi; eamque praetoriam, non civilem dici oportere: quia actiones civiles, vel praetoriae dicendae sunt ratione originis: prout originem habent à jure civili, vel praetorio, §. *sed istae quidem. Instit. de actionib.* At actiones Praetor supplet legibus, ex earum sententia, *L. quia. 11. D. de praescript. verb.* & ideo sunt juris praetorii. *L. 7. D. de justit. & jur.* ut ostendimus *lib. 3. observationum, cap.* 26. Non movet, quòd actio praescriptis verbis in factum sit civilis, quae datur exemplô directae; quia habet originem ex jure civili, seu interpretatione Prudentum: at actio utilis in factum ex lege Aquiliâ, suppletur jurisdictione Praetoris. Non movet etiam, quòd in d. §. *ult. Instit. de leg. Aquil.* actio utilis ex lege Aquilia, ab actione in factum praetoriâ distinguitur: ideo enim distinguitur, non quia ista sit civilis, haec verò praetoria; sed quia ista sit utilis, & exemplô legis Aquiliae, haec verò non sit utilis, sed subsidiaria, deficiente directâ, & utili actione. Denique licèt Praetor aliquid faciat ex sententia legum, non tamen id juris civilis est, sed praetorii: veluti cùm dat bonorum possessionem ex legibus, ex Senatusconsultis. *L. unic. D. Ut ex legib. Senatusvecons.* vel cùm aliàs jus civile subsequitur. *L. scio. 14. D. de testibus.* In d. *L. 6. D. de verbor. signific.* dicitur aliquem teneri *ex legibus*; sive ex verbis: sive ex sententia legum teneatur: nec enim minùs committit in legem, qui adversùs sententiam, quàm qui adversùs verba legis fecerit. *L. contra. 29. D. de legibus.* At si faciat contra legis verba, directa est actio civilis: si faciat contra sententiam, utilis est actio, eaque praetoria: quia Praetor eam supplet suâ jurisdictione. *L. nam ut. 13. D. eod. tit. de legib.* & d. *L. quia. 11. D. de praescript. verb.* Denique absurdum esset, principium hujus *leg.* 14. intelligi de actione in factum praetoriâ subsidiariâ; alias verò species, quae sequuntur, de actione in factum utili, veluti ex lege Aquilia: cùm principium de eadem actione utili non modò intelligi possit, sed etiam necessariò intelligi debeat.

An

An species L. si servus 21. D. de evictionib. *referenda sit ad actionem ex empto, vel ad actionem ex stipulatione.*

CAPUT XXXI.

ULPIANUS in L. si servus. 21. *D. de evictionib.*

SI servus venditus decesserit, antequàm evincatur; stipulatio non committitur, quia nemo eum evincit, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit.

CUJACIUS tract. 6. ad Africanum, in *L.* 24. *D. de evictionib.*

Solennia hujus stipulationis esse verba illa, habere licere, *nemo ambigit: Partis adjectionem necessariam docet* L. si dictum. §. in stipulatione, hoc tit. *Adjici etiam doli clausulam*. L. si cùm fundum. D. de contrah. empt. L. stipulatio ista. §. si quis dolum. D. de verb. oblig. & *haec fortè intelligitur*, L. si servus. *in princip.* hoc tit.

Sed aliter lib. 3. observationum, cap. 37. in fin. In *L. si servus. D. de evictionib. haec verba* de dolo *non malè interpres refert* ad actionem ex empto, nomine doli.

MERILLIUS.) Titius servum alienum vendidit Maevio, stipulatione duplae interpositâ, si servum emptori habere non liceret. Sempronius servum venditum Maevio vindicabat: judiciô pendente, sed ante litem contestatam, servus decessit. Quaeritur, an committatur duplae stipulatio, adversùs Titium venditorem. Movet, quòd in eâ causâ erat servus, ut eum emptori habere non liceret, cùm eum Sempronius vindicasset, eumque jure, judiciôque auferre posset. Ulpianus tamen ait, non committi stipulationem duplae, quia servus non fuerit evictus judiciô, sed per casum humanae sortis, puta, mortem servi. *L. si quis.* 26. *C. de evictionib.* Id autem intelligendum est, si ante litem contestatam decesserit: mortuô servô post litem contestatam, nihilominùs committitur stipulatio. *L. utique.* 16. *D. de rei vindicat. L. si servus.* 11. *D. judicat. solv. L. ult. C. de adsert. tollend.* Verùm licèt non committatur stipulatio duplae; Ulpianus ait, *agi posse de dolo* adversùs venditorem, qui dolô malô alienum servum sciens vendidit. Sed dubitationis est, quânam actione de dolo agi debeat; an actione ex stipulatione, an verò actione ex empto. Cujacius *tract.* 6. *ad Africanum, in L.* 24. *D. de evictionib.* ait, hîc posse intelligi stipulationem, seu agi posse ex stipulatione; quia in stipulatione duplae adjiciebatur doli mali clausula: puta, dolum malum abesse, abfuturumque esse. *L. si cùm fundum.* 68. *D. de contrah. empt.* Idem tamen Cujacius *lib.* 3. *observationum, cap.* 37. non malè referri posse exi-

ſtimat ad actionem ex empto, nomine doli; idque verius eſt. Actio ex ſtipulatione duplae poteſt concurrere cum actione ex empto. d. *L.* 68. *D. de contrah. empt. L. non tamen.* 24. *D. de evictionib.* At non committitur ſtipulatio duplae, niſi cùm emptori propter dolum malum venditoris ſervum habere non licet: actio ex empto ſtatim competit propter dolum malum venditoris, *L. Julianus* 13. in princip. *D. de actionib. empt. L.* 1. *D. de rer. permutat.* Titius igitur in ſpecie hujus *L.* 21. conveniri non potuit ex ſtipulatione duplae, ſeu ex clauſula huic ſtipulationi adjecta; quia per dolum malum Titii factum non fuit, ne Maevio ſervum habere liceret; nec commiſſa fuit ſtipulatio: At conveniri potuit actione ex empto, quòd ſciens dolò malò ſervum alienum vendiderit, etiam antequàm ſervus evinceretur. *L. ſervus, quem.* 30. §. *ult. D. de act. empt.* Atque ita apparet manifeſtò, Ulpianum in hac *lege* 21. non actionem ex ſtipulatione, ſed actionem ex empto intelligere voluiſſe.

An ſententia pro interlocutione, vel pro re judicata intelligi debeat, in L. 3. D. de uſur. & fructib.

CAPUT XXXII.

PAPINIANUS in L. 3. in princip. *D. de uſur. & fructib.*

IN fideicommiſſi perſecutione, cùm poſt judicis ſententiam moram feciſſet heres, juſſit Imperator Marcus Antoninus (intermiſsò legitimò tempore, quod condemnatis praeſtatur) ut uſque ad ſententiam, commoda fideicommiſſarius accipiat.

CUJACIUS in notis Digeſtorum, ad *L.* 3. *D. de uſuris.*

Cùm poſt ſententiam judicis moram feciſſet heres; id eſt, admonitionem. Sed aliter in recitationibus ad lib. 20. Quaeſt. Papiniani, in *L.* 3. *D. de uſur.*

Sententia hoc loco, non eſt admonitio, non interlocutio, *ut voluit Accurſius*; ſed res judicata. Et poſtea: *Atque ita erat quaeſtio de praeteritis uſuris, & fructibus*; poſt tempora judicati, *moram faciente herede.*

MERILLIUS.) Teſtator Titium heredem inſtituit, eumque rogavit, fundum Maevio reſtituere. Maevius perſecutus eſt reſtitutionem fundi; puta, apud Praetorem fideicommiſſarium, qui de fideicommiſſis extra ordinem cognoſcebat. Ulpianus *lib. ſing. Regul. tit.* 25. Et propterea hîc dicitur perſecutio fideicommiſſi, quia perſecutiones ſunt extraordinariae actiones. *L. pecuniae.* 178. §. *actionis. D. de verb. ſignificat.* Condemnatus fuit Titius heres ad reſtitutionem fideicommiſſi; & moram fecit poſt condemnationem, nec fundum reſtituit. Tandem verò manu militari, ſeu officiò

officiò judicis Titius coactus est fundum restituere. *L. qui restituere.* 68. *D. de rei vindicat.* Quaerebatur de restitutione fructuum, quos Titius heres ex fundo perceperat. Papinianus refert decretum D. Marci, ut si heres post sententiam moram fecerit, commoda fideicommissarius accipiat; puta, usuras pecuniae per fideicommissum relictae, vel fructus fundi per fideicommissum relicti. Cujacius in *not. Digest.* ad hanc *L. 3. post sententiam*, interpretatur, *post admonitionem, seu interlocutoriam sententiam.* & ad *lib. 20. quaest. Papiniani*, in eâdem *L. 3. post rem judicatam.* Et hoc verius est; quia sententia propriè est res judicata. *L. quod jussit.* 14. *D. de re judicat.* & ita expressum est, damnum ab his sarciendum esse, qui post dictam sententiam judicatum solvere, seu fideicommissum restituere supersederint. *L. qui solidum.* 78. §. *etiam. D. de legat.* 2. Decreverat igitur D. Marcus, ut si heres moram fecisset post sententiam; id est, condemnationem: postquàm damnatus esset restituere fideicommissum, commoda fideicommissarius acciperet; puta, usuras pecuniae, vel fructus fundi: intermissô tamen legitimô tempore judicati faciendi, quod humanitatis gratiâ debitoribus concessum est, *L. si debitorib.* 21. *D. de judic. L. cùm militi.* 16. *D. de compensationib.* Verùm non absque dubitatione est, quomodò verba illa, *usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat*, intelligi debeant; an à tempore morae, seu litis contestatae, usque ad sententiam: an à tempore restitutionis, usque ad sententiam retrò computandô. Cujacius post Accursium intelligit, *retrò cedendô à die litis contestatae usque ad sententiam*. Sed magis probarem retrò computari tempus à tempore restitutionis, usque ad sententiam. Nam D. Marcus voluit, intermitti legitimum tempus judicati faciendi: sed intra tempus litis contestatae usque ad sententiam, tempus legitimum interponi non potest; imò tantùm post sententiam. Et quâ ratione mora tantùm facta post condemnationem, retrò traheretur ad tempus litis contestatae? major est ratio, ut retrò computetur tempus à die restitutionis usque ad sententiam; quàm ut retrò trahatur à sententia, usque ad litem contestatam. Denique si heres moram non fecerit, ante sententiam, si justam causam litigandi habuerit, puta, cùm legis Falcidiae rationem obtenderet, nec satis certum esset, quid restituere deberet, ut in *L. si quis.* 24. *D. de usuris.* d. *L.* 78. §. *etiam. D. de legat.* 2. heres non tenetur ad restitutionem fructuum, quos percepit ante condemnationem. At cùm post condemnationem moram fecerit, debet fructus restituere ex decreto D. Marci, à tempore condemnationis usque ad restitutionem fideicommissi; *seu à tempore restitutionis, usque ad sententiam retrò computandô*: intermissô tamen legitimô tempore, quod condemnatis praestatur. Si verò heres moram fecerit ante sententiam, ex mora, seu lite contestatâ, fructus restituere debet. Paulus *lib.* 3. *sentent. tit. ult. L. Titia.* 87. §. 1. *D. de legat.* 2. *L.* 1. 2. & 4. *C. de usur. & fructib. legator.* Nec intermitti debet tempus legitimum, si heres moram fecerit ante sententiam, ut hîc Papinianus. Vel igitur heres moram fecit in restitutione fideicommissi, ante sententiam, antequàm condemnaretur ad restitutionem fideicommissi: ex die morae tenetur usuras, atque fru-

ctus restituere, nullô tempore intermissô usque ad restitutionem. At si ante condemnationem, moram non fecerit, sed tantùm post condemnationem, fideicommissum restituere supersederit; tenetur usuras, & fructus restituere, à die sententiae usque ad restitutionem fideicommissi; intermissô tempore legitimô.

An Lex usurae, 34. D. de usur. & fructib. *intelligi debeat de usuris perceptis, quae veniunt in restitutionem; vel de usuris percipiendis, quae veniunt ex mora.*

CAPUT XXXIII.

ULPIANUS in L. usurae. 34. D. de usur. & fructib.

Usurae vicem fructuum obtinent; & meritò non debent à fructibus separari: & ita in legatis, & fideicommissis, & in tutelae actione, & in caeteris judiciis bonae fidei, servatur. Hoc idem igitur in caeteris obventionibus dicemus.

CUJACIUS in paratit. C. ad *tit. C. de usur. & fructib. legator. vel fideicommissorum.*

Quod ad usuras attinet, actio legatorum, vel in personam, quae stricta est; vel in rem, quae arbitraria: similis est actioni bonae fidei, quoniam usuras recipit ex mora. *L.* 34. D. de usuris.

Sed aliter lib. 18. observationum, cap. 3.

Non est per omnia verum, quod ait L. usurae. D. de usur. *usuras vicem fructuum obtinere; & meritò à fructibus non separari*. Quae sententia propriè pertinet ad SCtum de petitione hereditatis.

MERILLIUS.) Ulpianus ait, usuras vicem fructuum obtinere, & non debere à fructibus separari; ut in legatis, & fideicommissis, & bonae fidei judiciis servatur. Cujacius in *paratit. C. ad tit. de usur. & fructib. legator.* hanc interpretationem affert; ut usurae, & fructus veniant in legatis, & fideicommissis ex mora: veluti veniunt in tutelae actione, & aliis bonae fidei judiciis. Finge: Titio legata est pecunia, vel fundus; agit ex testamento adversùs heredem; heres moram facit solutioni: heres post moram debet restituere fructus fundi legati, & usuras pecuniae legatae. Paulus *lib. 3. sentent. tit. ult. L. Titia. 87. §. usuras. D. de legat. 2. L. 1. & L. ult. C. de usur. & fructib. legator.* In hoc igitur usurae vicem fructuum obtinent, ut quemadmodum fructus post moram, ita & usurae restitui debeant in legatis, & fideicommissis. Idem Cujacius *lib. 18. observat. cap.* 3. aliam interpretationem affert ad hanc *L.* 34. quòd ad *titulum de petitione hereditatis* referenda sit. Finge: Titius possidet here-

hereditatem, in qua est pecunia hereditaria; sunt etiam fundi hereditarii. Maevius agit petitione hereditatis adversùs Titium possessorem: Titius post litem contestatam, vel etiam post motam controversiam, tenetur fructus restituere, quos ex fundis hereditariis perceperit; ex SCto facto temporibus Adriani, de petitione hereditatis, *L. item veniunt.* 20. *D. de heredit. petit.* Similiter etiam Titius tenetur usuras restituere, quas ex pecuniâ hereditariâ perceperit, quia usurae vicem fructuum obtinent. Ut possessor hereditatis tenetur fructus ex SCto restituere, ita & usuras, quae sunt instar fructuum. Prima species pertinet ad usuras percipiendas, quae veniunt ex mora, seu propter moram. Secunda species pertinet ad usuras perceptas, quae veniunt in restitutionem hereditatis; ut fructus, ut aliae quoque obventiones; puta, pensiones praediorum, operae servorum, vecturae navium, & jumentorum. Et hanc posteriorem interpretationem magis admittendam suadet inscriptio hujus *leg.* 34. quae jungenda est cum *L. ancillarum*, 27. & *L. mercedes.* 29. *D. de heredit. petit.* ex eodem *lib.* 15. *Ulpiani ad edictum*. Tum quia non est verum semper, eandem esse rationem usurarum, & fructuum. Fructus vel industriâ, vel naturâ proveniunt, *L. fructus.* 25. *D. de usur. L. bonae fidei.* 48. *D. de acquir. rer. domin.* Usurae sunt obventiones civiles, quae proveniunt jure, non naturâ, *L. si navis.* 62. *D. de rei vindicat. L. usura.* 121. *D. de verb. significat.* In SCto autem de petitione hereditatis, usurae vicem fructuum obtinent: eadem est ratio usurarum, & fructuum, id est, usurae, & fructus in restitutionem veniunt.

An concubinatus sit legitima, seu justa conjunctio.

CAPUT XXXIV.

MARCIANUS in L. 3. D. de concubinis.

IN concubinatu potest esse & aliena liberta, & ingenua; & maximè ea, quae obscurô locô nata est, vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae, & ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit; sive testatione hoc manifestum faciente, non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere. Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur; nam *quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam* est: ut & Marcellus *libro* 7. *Digestorum* scripsit.

CUJACIUS in paratit. Digestor. ad *tit. de concubinis.*

Matrimonio subjicit rectè concubinatum, nam, & concubinatus matrimonium imitatur, & est utraque legitima conjunctio.

Idem

Idem aliter in exposit. *Novellae* 22. *de nuptiis*, in secunda parte. *Concubinatus* non est conjunctio justa, ut matrimonium: *concubina non est justa uxor*.

MERILLIUS.) Quod Martianus in hac *L.* 3. ait, *concubinatum per leges nomen assumpsisse*; id est, per leges Juliam, & Papiam, quae procreandae sobolis causâ latae fuerant, *L. hoc modo*. 64. *D. de condit. & demonstrat*. Dio *lib.* 56. Isidorus *lib.* 5. *Orig. cap.* 5. & ideo concubinas habere permiserant. Inde Cujacius in *paratit. Digestor. ad tit. de concubinis*, ait, concubinatum esse legitimam conjunctionem; putà, ex legibus Julia, & Papia, quae concubinas habere permiserant. Idque secundùm Graecos Interpretes, Julianum Constantinopolit. Antecessorem ad *Novellam Justiniani*. 18. *cap.* 5. Theodorum Balsamonem in *Nomocanon. Photii. tit.* 13. *cap.* 5. sub finem. Ideo cum concubina est licita consuetudo. *L.* 5. *C. ad SCtum Orphitian.* Idem Cujacius ad *Novell. Justiniani* 22. in secunda parte, ait, concubinatum non esse conjunctionem justam; & concubinam non esse justam uxorem, id est, legitimam, *L.* 3. *D. pro socio*. Et hoc verius est, concubinatum non esse legitimam conjunctionem; quia ea demùm justa, seu legitima conjunctio est, quae fit secundùm praecepta legum, §. 1. *Instit. de nuptiis*, id est, legis Juliae, & Papiae. At in concubinatu praecepta ista legum non servantur: & ideo legitima conjunctio dici non potest; neque concubinae sunt legitimae uxores; sed amicae, quae cum aliis vivunt, *L. libro*. 144. *D. de verbor. significat*. & ex *L. Titia*. 35. *D. de aur. argent. legat. Titiae amicae meae, cum quâ sine mendacio vixi*: Et si concubina uxor est, injusta est uxor, *L. si uxor*. 13. *D. ad leg. Jul. de adulter.* id est, non jure ducta, non observatis legum praeceptis, sine testatione, & tabulis docalibus, absque solenni deductione in domum, sine auspicibus, & pronubis, sine aquae, & ignis acceptione, *L. penult.* §. *virgini. D. de donat. inter vir. & uxor.* Atque ita fortè Virgilianus pastor *injustam novercam* intellexerit; puta, concubinam, quam post mortem matris non jure pater duxerat, & cum quâ consuetudinem habebat. Non movet, quòd Martianus hìc dixerit, concubinatum per leges nomen assumpsisse; id enim ita debet intelligi, non ut leges eam conjunctionem legitimam fecerint: sed quòd ex iis legibus concubinatus permissus fuerit: puta, ut concubinas quasdam habere liceret, quae uxores haberi non poterant: veluti damnatae lege Juliâ de adulteriis, *L.* 1. §. *qui autem*, *D. de concub.* Et toleratus fuit aliquandiù sub Christianis; quia adversùs leges istas palàm facere nolebant, quae augendae sobolis causâ latae fuerant: ne adversùs rempublicam, & sanctiones Imperatorias aliquid facere viderentur. Tandem verò vetitus omnino *Novell. Leonis Sophi.* 91.

Ait

An pupillus ex dolo tutoris conveniri possit.

CAPUT XXXV.

PAPINIANUS in L. 3. D. quando ex fact. tutor. vel curat. minor. ag. vel. conven. poss.

DOlus tutorum puero neque nocere, neque prodesse debet. Quod autem vulgò dicitur, *tutoris dolum pupillo non nocere*; tunc verum est, cùm ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare meritò Sabinus tributoriâ actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit; scilicet, si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione; si modò quod tutoris dolô desiit, pupilli rationibus illatum probetur.

CUJACIUS in recitationib. ad *tit. D. de actionib. empt.* in *L. Julianus*. 13. §. *sed cùm in facto*. 7.

Cùm tutor solvendo non est, pupillus ex dolo ejus quodammodò non tenetur; effectu non tenetur, quia absolvitur, si paratus sit cedere quales quales actiones eo nomine habet cum tutore, L. ult. D. de admin. tut. Et postea: *Sed & in L. 3. §.* penult. de tributor. act. *ex d. L.* ult. de administrat. tutor. *absque dubio legendum est*, si solvendo tutor non sit.

Idem CUJACIUS in recitat. ad *tit. de regul. jur.* in *L. neque.* 198.

Huic regulae locus est, sive solvendo tutor sit, sive non; videlicet si pupillus ex dolo tutoris locupletior factus non sit. Nam si locupletior factus sit, tenetur, L. sed & ex dolo. 15. D. de dolo. L. apud. 4. §. illa etiam. 23. D. de doli except. *& tenetur indistinctè*; sive solvendo tutor sit, sive non: *cùm scilicet dolus ex contractu descendat. Extra contractum non tenetur, nisi tutor solvendo sit.*

Sed aliter in recitationib. ad lib. 20. quaest. Papiniani, in *L. 3. D. quand. ex fact. tutor.*

Concludamus verissimum esse, Aristonem, & Pomponium distinxisse, solvendo esset tutor, an non: & ex dolo tutoris, qui est solvendo, actionem dedisse in pupillum. Sed haec sententia Pomponii non obtinuit; & eam quasi velamentò quòdam excusavit apertè Ulpianus in d. L. 3. §. si servus. *Nam verius est*, ex dolo tutoris pupillum non teneri, sive tutor solvendo est, sive non.

MERILLIUS.) Tutor cùm tutelam pupilli gereret, dolum fecit: puta, In contractu venditionis cùm fundum pupillarem venderet, sciens dolô malô, onera, & functiones fundi pupillaris emptorem celavit, *L. Julianus.* 13. §. *sed cùm in facto. D. de act. empt.* vel cùm servus pupilli in peculiaribus mercibus negotiaretur, tutor dolô malô iniquam fecit distribu-

bu-

butionem mercium, §. *introduxit*. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Quaeritur, an ex dolo tutoris, post depositam tutelam, actio in pupillum dari debeat. Si quidem tutor bonâ fide contraxerit, depositâ tutelâ transferuntur actiones in pupillum; veluti si tutor rem pupillarem vendiderit, eaque evincatur; pupillus tenetur de evictione, *L.* 4. §. 1. *D. de evictionib.* Nec tutor post depositam tutelam conveniri potest ex eo, quòd nomine pupilli contraxerit, *L.* 5. *D. quand. ex fact. tutor. L. cùm quaedam*. 26. *C. de administrat. & peric. tutor.* Si verò tutor in gestione tutelae dolosè versatus sit, dolus tutoris pupillo obesse non debet, d. *L.* 13. *D. de actionib. empt. L. is, qui*. 11. *D. quod vi, aut clàm. L. penult. D. de tabul. exhib. L. neque*. 198. *D. de regul. jur.* Neque etiam dolus tutoris pupillo prodesse debet; & eò nomine pupillus conveniri potest, quatenus ex dolo tutoris locupletior factus fuerit, *L. sed & ex dolo*. 15. *D. de dol. mal.* d. *L.* 13. §. 7. *D. de actionib. empt. L.* 3. §. *si servus*. *D. de tribut. act. L. summâ*. 21. §. 1. *D. de peculio*. *L. neque*. 198. *D. de regul. jur.* & hac *L.* 3. Sed dubitationis est, an indistinctè verum sit, pupillum ex dolo tutoris non teneri. Cujacius ad *tit. de act. empt. L.* 13. eam distinctionem admittit, ut si tutor solvendo sit, pupillus ex dolo tutoris conveniri possit; quia regressum adversùs tutorem idoneum habeat. Si verò solvendo tutor non sit, pupillus non possit conveniri; sed teneatur tantùm mandare actiones, quas habet adversùs tutorem. Et haec distinctio peti potest ex d. *L.* 3. §. *si servus*. *D. de tribut. act. L. summâ*. 21. §. 1. *D. de pecul. L. ultim. D. de administrat. & pericul. tutor.* Idem Cujacius aliam distinctionem affert ad *tit. de regul. jur.* in *L.* 198. ut si tutor in contractu dolum admiserit, pupillus omnimodô ex dolo tutoris teneatur; sive tutor solvendo sit, sive non. Si verò tutor extra contractum dolum admiserit; pupillum non aliter teneri, quàm si tutor solvendo sit. Idem Cujacius ad *lib.* 20. *quaest. Papiniani*, in hac *L.* 3. ait, pupillum nullô modô ex dolo tutoris teneri; sive tutor solvendo sit, sive non. Idque verius est: quia regulariter traditum est, in d. *L.* 198. *D. de regul. jur.* dolum tutoris pupillo nocere non debere, sive tutor solvendo est, sive non est; neque ullâ distinctione affertur in d. *L.* 13. §. 7. *D. de act. empt.* & in hac *L.* 3. Pomponius quidem, & Aristo anteriores ICti istam distinctionem admiserant; sed posterior Ulpianus non probavit. d. *L.* 3. §. *penult. D. de tribut. act.* Alia autem distinctio Cujacii, quam affert in d. *L.* 198. *D. de regul. jur.* si tutor in contractu, vel extra contractum, dolum admiserit, nullo ex loco satis probari potest.

An

An condictio furtiva morte furis intereat, vel adversùs heredem furis transeat.

CAPUT XXXVI.

PAULUS in L. sed non. 10. D. de tutel. & rationib. distrahend.

SEd non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit; quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus actionem habet; quia sibi solvere debuit.

CUJACIUS lib. 13. observationum, cap. 37.

Non datur, *inquam*, in heredem condictio rerum furtivarum, vel condictio rerum amotarum nisi fuerit lis contestata *cum defuncto*, *ut L.* 9. D. de condict. furt. *adhibitâ L. 2. in fin.* D. de praetor. stipulationib. L. si hominem. §. 1. D. deposit. *vel rem heres ipse contrectet*. L. 7. §. ult. D. de condict. furt.

Idem CUJACIUS aliter in *L. sicuti*. 38. *D. de regul. jur.*

Ex iis constituimus, omnes actiones ex delicto morte interire, exceptâ condictione furtivâ: *quod quamvis dissuadere videatur*. L. 9. §. ultim. & L. 10. de tutel. & rationib. distrahend. *quae leges videntur numerare condictionem furtivam inter eas actiones, quae morte intereunt; omnino eam distinguere oportet à caeteris actionibus. Et quidem furti, & damni injuriâ dati actio interit morte*; condictio verò furtiva non interit. *Itaque separari debet à caeteris actionibus.*

MERILLIUS.) Tutor cùm tutelam gereret, res pupillares intercepit; subripuit; actio furti, & condictio furtiva statim pupillo competunt; licèt tutelae actio, & rationibus distrahendis, non nisi finitâ tutelâ pupillo competant, & cùm ad pubertatem pervenerit, L. 1. in fine. *L.* 4. *L.* 9. §. 2. & *L.* 18. *D. de tutel. & rationib. distrahend. L.* 1. §. *finito.* 2. *D. de contrar. tutel. & util. act.* ut etiam pupillus ex stipulatione adversùs fidejussores tutorum, non nisi finitâ tutelâ, agere potest, *L.* 4. §. 1. *D. rem pupill. vel adolesc. salv. for.* Sed finge, tutorem, qui res pupillares interceperat, durante tutelâ decessisse; cùm pupillus neque furti, neque condictione furtivâ egisset; quaeritur, an istae actiones morte tutoris intereant. Movet, quòd actiones poenales, non aliter adversùs heredes transeant, quàm si lis cum defuncto contestata fuerit, *L. sciendum est*. 58. *D. de obligat. & actionib. L.* 1. *D. de privat. delict. L. poenalia*. 164. *D. de regul. jur. L. unic. C. ex delict. defunctor.* At cùm pupillus adversùs tutorem non egerit, ita videatur nec actionem furti, nec condictionem furtivam adversùs heredem tutoris dandam esse; & morte tutoris interire. Cujacius *lib.* 13. *observat. cap.* 37. in ea est sententia, (quam & probat ex hac *L.* 10.) condictionem furtivam in heredem furis non dari, nisi lis cum defuncto fuerit contestata. Tum quia istae actiones oriuntur ex deli-

cto, seu ex maleficio. *L. si ambo.* 10. §. *quotiens. de compensationib.* at actiones ex delictis in heredes non dantur, nisi lite cum defuncto contestata, vel si quid ad eos pervenerit, d. *L. unic. Cod. ex delict. defunctor.* Idem Cujacius ad *L.* 38. *D. de regul. jur.* ait, condictionem furtivam in heredem furis dari oportere, & dari in solidum, non quatenus ad eum pervenit. Idque verius est, & nos supra probavimus, ad *L.* 9. *D. de condict. furt.* Non movet, quòd condictio furtiva morte furis intereat; id enim solùm contingit, cùm tutor pupillo furtum fecerit; & pendente tutelâ tutor decessit; nec pupillus adversùs eum agere potuit: Ita quidem fit, ut condictio furtiva morte tutoris intereat; non tamen generaliter verum est, condictionem furtivam morte furis interire. Nec separanda est condictio furtiva ab actione furti, & damni injuriâ dati, quae pariter morte tutoris intereunt; cùm adversùs eum pupillus agere non potuit: sed adversùs heredem tutoris dantur; quia tutor sibi solvere tenebatur, quod debebat pupillo ex his actionibus, furti, damni, injuriae; ut negotiorum gestor sibi tenetur solvere, *L. sin autem.* 8. §. 3. *D. de negot. gest.* Non movet etiam, quòd condictio furtiva ex delicto oriatur: habet quidem originem ex furto; sed tamen rei persecutionem continet, non poenam, *L. si pro fure.* 7. *D. de condict. furt.* & ideò datur in solidum adversùs heredem furis, non quatenus ad eum pervenerit.

Cur hereditas divisa sit inter heredem institutum, & substitutum, in L. & hoc Tiberius. 41. D. de heredib. instit.

CAPUT XXXVII.

POMPONIUS in L. & hoc Tiberius. 41. D. de heredib. instituend.

ET hoc Tiberius Caesar constituit in persona Parthenii, qui, tanquam ingenuus, heres scriptus adierat hereditatem, cùm esset Caesaris servus: nam divisa hereditas est inter Tiberium, & eum, qui Parthenio substitutus erat, ut refert Sextus Pomponius.

CUJACIUS lib. 17. observationum, cap. 21.

In re tam obscura, utrinque prolatis justis, & magnis rationibus; ex decreto Tiberii divisa est hereditas ex aequo inter substitutum, & dominum servi: ut apud Philostratum legimus, lib. 2. *Apollonium, inventum thesaurum divisisse inter duos, qui de eo invicem contendebant, in re scilicet dubiâ, & admodùm obscurâ, & jure quoque veteri: ut Ulpianus scribit*, lib. sing. Regul. *cum cretione heres institutus, si non cernat, sed pro herede gerat, in partem substitutum admittit.*

Idem

Idem CUJACIUS aliter in not. posteriorib. Institut. ad §. *ult. Institut. de vulgar. substitut.*

Quia non suo arbitrio adivit, ideo ex asse heres non fit; sed in partem admittit substitutum, quasi heredem adjectum. Ut & olim sub cretione heres institutus, si non crevisset, ei substitutô datô, non cernendô, sed pro herede gerendô, in partem admittebat substitutum: quia non ita, ut senserat testator, hereditatem sibi quaesierat. *Quod Ulpianus ostendit* lib. singul. Regular.

MERILLIUS.) Titius Parthenium Tiberii servum heredem instituerat, quem ingenuum esse putabat; & quidem facile erat, ut Titius Parthenium liberum esse crederet, quia servi Caesarum inter liberos agebant, atque inter ipsos quandoque Senatores, ut refert Spartianus in *Adriano*. Praeterea Titius testamentô Maevium substituerat, si Parthenius heres non esset: quae est vulgaris substitutio, & fit in casum non existentium heredum, *L. Lucius*. 45. *D. de vulg. & pupill. substitut.* sive heres institutus hereditatem adire nolit, aut non possit, *L.* 3. *C. de heredib. instituend.* Parthenius jussu Tiberii hereditatem Titii adiit: etenim jussus domini, in cujus potestate erat servus, praecedere debuit, ut hereditatem adiret: nec satis fuit in ipso negotio consensum adhiberi: nec ratihabitio domini inutilem, jussu non praecedente, aditionem confirmare potuit, *L. si quis*. 25. §. *jussum*. *D. de acqu. vel omittend. heredit.* Licet autem Parthenius hereditatem Titii adiisset, substitutus Maevius in partem hereditatis admittitur, divisâ hereditate inter Parthenium heredem institutum, & Maevium Parthenio substitutum; ex Tiberii decreto. Quod quâ ratione Tiberius constituerit, non satis liquet in hac *L.* 41. & in §. *ult. Inst. de vulg. substit.* ubi enim est locus instituto, non est locus substituto; & substitutio vulgaris facta in casum non aditae hereditatis, aditâ hereditate debet evanescere, *L. verbis*. 7. *D. de vulg. & pupill. substit. L. post aditam*. 5. *C. de impub. & al. substit.* Idemque est in legatis, *L. si legata*. 6. *C. de legat.* Cujacius *lib.* 17. *observat. cap.* 21. ait, divisam fuisse hereditatem inter dominum, & substitutum, quòd utrinque essent dubiae rationes; puta, quòd testator fortè Parthenium non scripsisset heredem, si eum servum esse sciisset; quodque Parthenium, non dominum Parthenii, per ipsum Parthenium, heredem fieri voluisset, *L. si paterfamilias*. 40. sup. *hoc tit.* & d. *L.* 3. *C. eod.* Idem Cujacius in *not. posteriorib. Institut.* ad d. §. *ult. Instit. de vulg. substit.* aliam rationem affert, cur divisa fuerit hereditas inter dominum Parthenii, & Maevium substitutum: scilicet, quòd Parthenius heres institutus hereditatem Titii non crevisset, id est, solenniter adiisset, ex voluntate testatoris. Et haec postrema ratio verior est, quia Tiberii Caesaris temporibus id jus adhuc obtinebat, & usque ad D. Marcum obtinuit. Ulpian. *lib. sing. Regul. tit.* 25. sub finem: si non adiretur, aut cerneretur hereditas ex voluntate testatoris, substitutus in partem hereditatis admittebatur. Rationem verò attulimus *lib.* 4. *observat. cap.* 34. cur Parthenius, in specie hujus *L.* 41. hereditatem Titii non adierit, secundùm voluntatem testatoris; & propterea duo semisses hereditatis

facti sint, divisâ hereditate, inter Parthenium institutum, & Maevium substitutum. Aliàs verò minimè probandum est, in re dubia, & obscura, utrique partem tribui debere: id judicium rusticorum esse, ait non infacetè Accursius ad *L. Nesennius*. 34. *D. de negot. gest.* tentandum est potiùs, cui jus competat, omni solertiâ deprehendere, quàm inter utrumque dividere.

An retineri, vel expungi debeat clausula in fine L. Lucius. 45. D. de vulgar. & pupillar. substit. *quae in quibusdam Codicibus reperitur, & deest in Florentinis.*

CAPUT XXXVIII.

PAULUS in L. Lucius Titius. 45. D. de vulgar. & pupill. substit.

LUcius Titius legitimum filium, & alterum naturalem heredes instituit, eosque invicem substituit. Titianus legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit, superstite matre, & fratre naturali, quem etiam coheredem habebat. Quaero, an hereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex causa substitutionis pertineat, an verò ad matrem. Respondi, ad primum casum non existentium heredum, substitutionem, de qua quaeritur, pertinere; non ad sequentem, si quis eorum postea decessisset intra pubertatem: cùm in naturalis filii personâ duplex substitutio locum habere non potest: & ideo ad matrem legitimi filii hereditas ab intestato pertinet. *Aliter, si ejusdem aetatis liberi instituti, invicemque substituti fuissent; tunc enim alterô defunctô intra pubertatem, ejus successio non ad matrem, sed ad substitutum fratrem ejus devolvitur.*

CUJACIUS lib. 17. observationum, cap. 26.

Merito videntur abesse à Pandectis Florentinis in L. Lucius. D. de vulg. & pupill. substit. *haec verba*: Aliter si ejusdem aetatis liberi instituti, invicemque substituti fuissent; tunc enim alterô defunctô intra pubertatem, ejus successio non ad matrem, sed ad substitutum fratrem ejus devolvitur. *Nam cùm velle videatur opponere his, quae ante scripta sunt, adversum casum, dum ait*, aliter; *non opponit tamen.*

Idem CUJACIUS in recitationib. ad tit. *de vulg. & pupill. substitut. ad L. 4.*

Sequitur, aliter si ejusdem. *Quae verba Digestis Florentinis prorsus desunt; & Haloander supposititia esse dicit. Quod verum esse, ut dicam, moveor hoc argumento: Quod ex eo videatur diversus casus constitui, cum dicat*, aliter si, &c. *cùm tamen diversus casus non notetur. Inde etiam con-*

constat, *non intellexisse interpretem*, *cujus illa verba sunt*, aliter, si ejusdem, *verum casum hujus* Leg. *cum debuerit dicere*, aliter si ambo.

Idem CUJACIUS in recitat. ad *tit. C. de impuber. & al. substit.* in *L.* 2. & 4.

Et haec est sententia L. Lucius. D. de vulg. & pupill. substit. *in qua vulgò adjicitur in haec verba*: aliter si ejusdem aetatis liberi. *Haec, inquam, clausula, de qua hodie magna est contentio, meritò abest à Digestis Florentinis, & Noricis*. Et posteà: *Sed & quia non satis est eam clausulam non congruere superioribus*, demonstrabimus etiam, eam clausulam esse supervacaneam.

Idem CUJACIUS ad lib. 12. Responsor. Pauli, in *L. Lucius*. 45. *D. de vulg. & pupill. substit.*

Quod autem vulgo additur in extremo hujus responsi, aliter si ejusdem aetatis, &c. *meritò abest à Noricis, & Florentinis Pandectis, & à Basilicis*: *quia nec congruit cum specie superioris responsi, quâ proponitur, utrumque filium ejusdem aetatis fuisse*; *id est, impuberem utrumque.*

Sed aliter idem CUJACIUS in recitat. ad *tit. Cod. de instit. & substit.* ad *L.* 9. & *ultim.*

Sanè non obstat, si abesse debet ea extrema clausula L. Lucius: *quemadmodum rectè abest à Pandectis Florentinis, & videtur ex ora libri irrepsisse in contextum*. Sed retineamus eam clausulam, quoniam & ratione subnixa est.

MERILLIUS.) Pater Titianum filium legitimum, qui ex justis nuptiis erat susceptus, & Titium filium naturalem heredes instituit; eosque invicem, seu reciprocè substituit. Titianus legitimus filius post mortem patris in pupillari aetate decessit, matre superstite, & Titiô fratre naturali. Quaesitum fuerat, an hereditas Titiani ad matrem ab intestato ex SCto Tertulliano, vel ad Titium fratrem ex causa substitutionis pertineret. Movebat, quòd Titianus, & Titius invicem substituti fuerant; & reciproca substitutio utrumque casum continet; casum vulgaris, & casum pupillaris substitutionis. *L.* 4. §. 1. *D. de vulg. & pupill. substit.* Eaque voluntas patris fuisse videbatur, ut sive alter heres non esset, sive heres esset, & intra pubertatem decederet; alter superstes hereditatem haberet. Paulus tamen aliter respondit, legitimam hereditatem Titiani ad matrem pertinere. Rationem affert Paulus, quòd substitutio in specie hujus *leg.* 45. tantùm habere locum potuit in casum vulgarem, non in pupillarem. Etenim pater filio suo naturali tantùm potuit substituere vulgariter, non pupillariter: cùm eum non haberet in potestate. Filio quidem legitimo in utrumque casum substituere potuit; sed incongruum esset, in persona filii naturalis simplicem esse substitutionem, in persona filii legitimi duplicem esse. Ut igitur sit reciproca substitutio, tantùm in primo casu valere debet. Et generaliter id obtinet, quando substitutio reciproca facta est personis disparis aetatis, puta, puberibus, & impuberibus. d. *L.* 4. §. 1. *D. de vulg. & pupill.* vel disparis conditionis, puta, filio legitimo, & naturali, hac *L.* 45. filiis legitimis, & extraneis, *L.* 2. & 4. *C. de impub.*

& al.

& al. substitut. & *L.* 6. *C. de testam. milit.* Post illud responsum Pauli, in quibusdam codicibus sequitur: *Aliter, ac si ejusdem aetatis liberi, invicem substituti fuissent; tunc enim alterò defunctò intra pubertatem, ejus successio non ad matrem, sed ad substitutum fratrem ejus devolvitur.* Quae verba agnovit Accursius. Plerique tamen rejicienda putaverunt, Haloander, Antonius Augustinus; tum quia desunt in Pandectis Florentinis, Noricis, atque etiam Basilicis: tum quia superioribus verbis parùm aptè cohaereant: tum quia si retinerentur, valdè pugnaret haec *L.* 45. cum *L. precibus.* 8. *C. de impub. & al. substitut.* & *L. ult. C. de institut. & substitut.* ubi substitutio pupillaris tacita, quae continetur sub expressa vulgari, matrem non excludit à successione filii: at hìc substitutio pupillaris, quae continetur sub reciproca, matrem excludit, & substitutus matri praefertur. Cujacius *lib.* 17. *observat. cap.* 26. & ad *tit. de vulg. & pupill. substit.* in *L.* 4. & ad *lib.* 12. *Responsor. Pauli* in hac *L.* 45. & ad *tit. C. de impub. & al. substitut.* haec verba rejicit, quia superioribus non respondeant, nec adversum casum constituant: Quia priùs Paulus egerat de filio naturali, & legitimo, qui erant ejusdem aetatis; sed disparis conditionis: Hìc autem agitur de filiis ejusdem aetatis, cùm agi deberet de filiis ejusdem conditionis, ut diversus casus constitueretur. Cujacius etiam ad *tit. C. de impub. & aliis substitut.* hanc clausulam, ait, esse *supervacuam*: Sed ad *tit. C. de institut. & substitut.* eandem clausulam retinet, *quoniam & ratione subnixa est*. Idque magis admitterem: nam & superioribus convenit; & diversus casus proponitur; & supplendum est, patrem filiis ejusdem aetatis, ejusdemque conditionis, reciprocè substituisse: undèque defunctô intra pubertatem, substitutum matrem excludere. Nec si retineamus haec verba, ullò modò pugnabunt cum d. *L.* 8. *C. de impub. & aliis substit.* ubi agitur de substitutione vulgari, quae non continet tacitam pupillarem matre superstite: hìc autem agitur de substitutione reciproca, quae continet substitutionem pupillarem. Ratio differentiae est, quòd in formula vulgaris substitutionis, *si heres non berit*, primus tantùm casus exprimitur; & favore matris non extenditur ad secundum: ex praesumpta voluntate patris, qui matrem potiùs habere voluit luctuosam hereditatem filii, quàm substitutum: At in formula reciprocae substitutionis, *Eosque invicem substituo, Invicem substituti sunto*, uterque casus continetur. Verbum *substituo* commune est, tam ad vulgarem, quàm ad pupillarem substitutionem. d. *L.* 4. §. 2. *D. de vulg. & pupill. substitut.* Ex ea igitur substitutione reciproca, substitutus matri praefertur: quasi testator utrumque casum expresserit, & in utrumque casum substituere voluerit. At cùm vulgaris substitutionis casus tantùm expressus est, id nocet substituto matre superstite; ut in casum vulgarem, qui expressus est, tantùm admittatur, non in casum pupillarem, qui expressus non est.

Au

An res juris, vel facti facilius per ratihabitionem confirmari potuerint, ante constitutionem Justiniani.

CAPUT XXXIX.

MARTIANUS in L. quaedam. 7. D. de jur. codicillor.

QVaedam non referuntur ad confirmationem codicillorum: veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, & in captivitate codicillos scribat; nam non valent. Idem est, si aliquô modô jus testamenti faciendi desierit habere. Praeterea, in illis, quae non juris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si, ubi confirmatio, scriptum fuisset: veluti si ita in codicillis scriptum erit: *Vestem, quae mea est*: codicillorum tempus spectandum, non quô confirmantur. Item, *si Titius vivus est*, vel, *si tot annis est*, codicillis legavit Sejo: tempus codicillorum, non quô tempore fit testamentum, spectandum.

CUJACIUS tract. 5. ad Africanum in *L. penult. D. Ratam rem hab.* *Hodie Justinianus generaliter definivit, ratihabitionem retrotrahi.* L. ult. C. ad SCtum Macedon. *id est, sublatâ differentiâ facti, & juris.* L. donationes. C. de donationib. inter vir. & uxor. *Nam* plerique dicebant, in iis, quae sunt juris, ratihabitionem retrotrahi; in his, quae sunt facti, non item.

Idem CUJACIUS in paratit. *C. de donationib. inter vir. & uxor.* *Generaliter idem definit, omnem confirmationem, vel ratihabitionem retrotrahi; sublatâ differentiâ veterum, inter ea, quae sunt juris, & ea, quae sunt facti: nam* ea, quae sunt juris, retrotrahebantur; non ea, quae sunt facti, *arg.* L. 7. D. de jur. codicill.

Sed aliter idem Cujacius in recitat. ad *tit. C. ad SCtum Macedon.* *Omnes generaliter ratihabitionem non retroagebant*; plerique dicebant, ratihabitione confirmari, quae sunt facti, ut possessionem, actionem; non ea, quae sunt juris.

MERILLIUS.) Martianus in hac *L. 7.* affert differentiam inter res facti, & juris, quae codicillis scribuntur. Res facti sunt, in quibus factum versatur, ut possessio, *L. denique. 19. D. ex quib. caus. major. L. 1. §. 2. & L. possessionem. 29. D. de acq. vel amittend. possess.* ut traditio, venditio, solutio, *L. consilio. 7. §. ult. D. de curatorib. furios. & al. ext. min. dand.* Res juris sunt, in quibus jus magis versatur, quam factum; ut hereditatis aditio, & alii actus solennes, seu legitimi, ut usucapio. Ait igitur Martianus, in iis, quae sunt juris, perinde habendum, quod codicillis scribitur, ac si testamentô scriptum esset; non in iis, quae sunt facti. Finge: Dominus servo proprio legatum sine libertate reliquit testamentô, quô & co-

& codicillos confirmavit. Legatum istud servo inutiliter sine libertate relictum est. Ulp. *lib. sing. Regular. tit. 24. de legat. L. servus. 76. D. de heredib. instituend. L. servis. 4. C. de legat.* Si verò dominus deinde servo libertatem codicillis adscripserit, perinde est, ac si testamentô adscripta esset: & legatum testamentô relictum est utile, quasi & dominus testamentô legatum cum libertate reliquisset, *L. conficiuntur. 8. §. si servo. 4. D. de jur. codicillor.* Ita igitur res juris, puta, libertatis datio, codicillis confirmatur. At in iis, quae sunt facti, spectatur tempus codicillorum, non tempus testamenti: Nec tempus codicillorum trahitur ad tempus confirmationis, seu testamenti, quô codicilli confirmantur. Finge: Testator Titio codicillis centum legavit, si Maevius viveret; legati conditio deficit, nec debetur legatum, si Maevius non vixerit tempore codicillorum; licèt vixerit tempore testamenti. Idem est, si testator vestem, quae sua est, legaverit: legatum non debetur, si vestis sua non fuerit tempore codicillorum; licèt sua fuerit tempore facti testamenti, hac *L. 7.* quia istae res facti non reducuntur ad tempus testamenti, ut res juris. Cujacius *tract. 5. ad African.* & in *paratit. C. de donationib. inter vir. & uxor.* ex hac *L. 7.* colligit ante Justinianum, qui differentiam inter res facti, & juris sustulit, *L. ult.* in fin. *C. ad SCtum Macedon. L. donationes. 25. C. de donationib. inter vir. & uxor.* res juris faciliùs, quàm res facti per ratihabitionem confirmari potuisse: quia in hac *L. 7.* faciliùs res juris, quàm res facti, codicillis confirmantur. Idem tamen Cujacius in *recitationib. ad tit. C. ad SCtum Macedon.* ait, res facti faciliùs, quàm res juris, per ratihabitionem confirmari potuisse: quod & verius est. Namque auctores utriusque scholae, Sabiniani, & Proculejani, videntur in eo convenisse, ut res facti per ratihabitionem retrotraherentur. Verùm Proculejani videntur subtilem divisionem juris, & facti introduxisse; puta, an donatio facta esset traditione, quae facti est; vel mancipatione, quae juris est, in d. *L. 25. C. de donationib. inter vir. & uxor.* Eorumque dissensionem, sublatâ istarum rerum differentiâ, ibidem pacavit Justinianus. Ea omnia ratihabitione confirmantur; maleficia, negotiorum gestio, pignori datio, venditio, mutui datio, solutio, actio; quia facti sunt: ita autem confirmantur, non ut valeant ex eo tempore, quô ratihabitio secuta est; sed ex eo tempore, quô gesta sunt: & ad id tempus ratihabitio retroducitur. d. *L. 25. C. de donationib. inter vir. & uxor.* At non ita res juris ratihabitione confirmari poterant; ut hereditatis aditio, *L. si quis. 25. §. jussum. D. de acq. vel omittend. heredit.* ut nuptiae, *L. quid ergo. 13.* in princip. *D. de his qui not. infam.* ut auctoritas tutoris, quae in ipso negotio interponi debet, non postea adhiberi, *L. obligari. 9. §. penult. D. de auctorit. & consens. tutor. & curat.* Non movet in contrarium d. *L. 7. D. de jur. codicillor.* ubi non agitur de ratihabitione, sed de confirmatione codicillorum. Confirmatur id, quod codicillis scribitur; non tamen retrotrahitur. Aliud est, res juris codicillis posse confirmari, non res facti: aliud est res juris, vel facti per ratihabitionem posse confirmari. In codicillis res facti non retrotrahuntur ad tempus confirmationis, seu tempus testamenti, quò codicilli confirmantur. In maleficiis, contractibus, judiciis, ratihabitio retro-

retroducitur ad tempus, quô res gesta est. Non movet etiam, quòd bonorum possessio sit juris, *L.* 3. §. 1. *D. de bonor. possess.* & tamen ratihabitione confirmatur. *L. ult. D. eod. L. servo.* 65. *D. ad SCtum Trebellian.* Namque ita confirmatur, non ut retrotrahatur; sed ut eo tempore petita videatur, quô ratihabitio petitionis facta est: nisi in quibusdam casibus. d. *L. ult. D. de bonor. possess.* & *L. penult. D. ratam rem haberi:* At hereditatis aditio nunquam ratihabitione retrotrahi potest, cùm jussus adeundae hereditatis praecedere debeat. d. *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

An post legem Papiam sublatum fuerit jus accrescendi, & conjunctionis.

CAPUT XL.

PAULUS in L. Re conjuncti. 89. *D. de legat.* 3.

RE conjuncti videntur, non etiam verbis, cùm duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, *Titio, & Sejo fundum aequis partibus do, lego:* quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodò caeteris, qui & re, & verbis conjunctus est. Quòd si re tantùm conjunctus sit; constat non esse potiorem. Si verò verbis quidem conjunctus sit, re autem non; quaestionis est, an conjunctus potior sit? & magis est, ut & ipse praeferatur.

CUJACIUS lib. 24. observationum, cap. 34.

Paulus scribens ad legem Juliam, & Papiam, tractavit de conjunctis heredibus, legatariisve, quia fisco (cujus gratiâ potissimùm illae leges perlatae sunt) si moriatur heres, aut legatarius, vivô testatore, vel ante apertas tabulas, (quâ ex causâ testamento relicta in causa caduci, vel caduca plerumque fiunt,) praefertur is, qui mortuo re conjunctus fuit.

Sed, aliter lib. 12. observationum, cap. 11.

Nec enim hanc collationem jus novum patitur, quâ inter heredes scriptos non versatur jus accrescendi.

Et in paratit. C. ad *tit. de caduc. tollend.*

Paulus ipse scribens ad legem Papiam, de conjunctis tractat, L. re conjuncti. de legat. 3. L. triplici. de verbor. significat. Lex Papia tollebat jus antiquum, *id est*, jus accrescendi; jus conjunctionis simplex, (*exceptis certis casibus*) fiscô praelatô.

Et in recitationib. C. ad eundem *tit. de caduc. tollend.*

Paulus ipse scribens ad legem Papiam accuratè tractat in L. re conjuncti. de legat. 3. L. triplici. de verb. significat. Lex Papia tollebat jus anti-

antiquum, *id est*, jus accrescendi, jus conjunctionis, *jus collegii*, *& recte non tollebat jus substitutionis*.

MERILLIUS.) Inter legatarios, quibus eadem res legata est, jus est accrescendi; puta, ut deficientium, aut repudiantium portiones aliis accrescant. §. *si eadem*. *Institut. de legat.* sed conjuncti aliis praeferuntur, qui conjuncti non sunt, *jure conjunctionis*; ut loquitur Ulpianus *L. si sub conditione*. 16. *D. quib. mod. ususfruct. amit.* Et inter conjunctos praeferuntur, qui magis conjuncti sunt. Triplici autem modo inter legatarios fit conjunctio: re, & verbis, re tantùm, & verbis tantùm, hac *L.* 89. & *L. triplici*. 142. *D. de verb. signific.* Re, & verbis conjuncti dicuntur, quos rei, & nominum complexus jungit, veluti, *Titio, & Maevio fundum Cornelianum do, lego*: in hoc legato Titius, & Maevius conjuncti sunt nomine; conjuncti sunt etiam re, quia eadem res, idem fundus ipsis legatus est. Alii sunt conjuncti re tantùm; veluti, *Titio fundum Cornelianum do, lego: Maevio fundum Cornelianum do, lego*. Titius, & Maevius non sunt conjuncti verbis, aut nomine; sed tantùm re, quia ipsis idem fundus legatus est: & quia non sunt conjuncti verbis, disjuncti quandoque dicuntur, ad differentiam eorum, qui re, & verbis conjuncti sunt. *L. unic.* §. *his ita*. 10. *C. de caduc. tollend.* d. §. *si eadem. Instit. de legat.* Alii sunt conjuncti verbis tantùm, non re: veluti, *Titio, & Maevio fundum Cornelianum aequis partibus do, lego*. Titius, & Maevius conjuncti sunt verbis, seu nomine; non sunt conjuncti re, quia partes separatas habent, cùm fundus aequis partibus legatus est. Verùm cùm pluribus eadem res legata est, & alii re, & verbis, alii re tantùm, alii verbis tantùm conjuncti sunt; Paulus ait, eum, qui re & verbis conjunctus est, omnimodò ceteris praeferendum esse; id est, iis, qui re tantùm, aut etiam verbis tantùm conjuncti sunt. Finge: Testator ita legavit: *Titio, & Maevio fundum Cornelianum do, lego: Sejo fundum Cornelianum do, lego: Sempronio, & Cajo fundum Cornelianum aequis partibus do, lego*. Si Maevius defecerit, Titius ceteris legatariis praefertur: sed si legatarii re tantùm conjuncti fuerint, unus aliis non praefertur; portio deficiens omnibus aliis accrescit. Veluti, si testator ita legaverit: *Titio, & Maevio fundum Cornelianum do, lego: Cajo fundum Cornelianum do, lego: Sempronio fundum Cornelianum do, lego*. Si Sempronius defecerit, pars Sempronii non tantùm accrescit Cajo, qui conjunctus est re cum Sempronio; sed accrescit quoque Titio, & Maevio: quia Titius, & Maevius etiam re conjuncti sunt, cùm eadem res ipsis legata fuerit, quae Cajo, & Sempronio. Si verò legatarii sunt conjuncti verbis tantùm, aliis praeferuntur, hac *L.* 89. veluti cùm testator ita legaverit: *Titio, & Maevio fundum Cornelianum do, lego: Sejo fundum Cornelianum do, lego: Cajo, & Sempronio fundum Cornelianum aequis partibus do, lego*: si Sempronius defecerit, in parte Sempronii, Cajus ceteris praefertur: quia alii tantùm re conjuncti sunt cum Sempronio; hic autem re conjunctus est, & praeterea verbis. Nec enim Cajus Sempronio tantùm verbis, sed etiam re conjunctus esse intelligitur. Dicitur verbis tantùm conjunctus, ad differentiam eorum,

eorum, qui re, & verbis conjuncti sunt; non ad differentiam eorum, qui re conjuncti sunt. Eleganter Paulus in hac *L.* 89. *verbis conjunctum videri, non etiam re.* Videri quidem non esse re conjunctum; quia legatarii partes separatas habent: sed tamen re conjunctum debere intelligi. Et istud quidem fuit jus conjunctionis inter collegatarios. Verùm cùm essent diversa genera legatorum, ex diversa formula; saepè eveniebat, ut inter conjunctos quandoque esset jus accrescendi, quandoque non esset. Siquidem inter conjunctos re, & verbis per vindicationem erat jus accrescendi; atque etiam inter disiunctos, seu tantùm re conjunctos per vindicationem; quia solidum cuique ab initio relictum esse intelligebatur, concursu partes faciebant. Ulpianus *lib. sing. Reg. tit.* 24. *de legat. L.* 1. *§. interdum.* & *L.* 3. *D. de usufruct. accrescend. L. conjunctim.* 80. *D. de legat.* 3. *L. unic. §. ubi autem.* 11. *v. fin verò. C. de caduc. tollend.* Adeo verò solidum cuique in legato per vindicationem ab initio relictum esse intelligebatur, ut etsi testator viriles partes expressisset in legato vindicationis, nihilominùs inter conjunctos esset jus accrescendi, *L. si duobus.* 16. *§. ult. D. de legat.* 1. Quandoque inter conjunctos re, & verbis non erat jus accrescendi; puta, si per damnationem legatum esset: quia in hoc genere legati partes cuique ab initio relictae esse intelliguntur, ex praesumpta voluntate testatoris, qui totum utrique dare noluit, sed partem cuique ab initio assignavit. At in legato vindicationis, quemque solidum vindicare voluit; sed concurrente altero partes fieri, & legatum inter eos scindi. Cùm ergo inter conjunctos per damnationem, non esset jus accrescendi; alterò deficiente, alter solidum legatum non habebat; sed pars non capientis in hereditate remanebat. Ulp. d. *tit.* 24. *de legat. L. planè.* 34. *§. si conjunctim. D. de legat.* 1. *L. ult. §. Sejo. D. de legat.* 2. quae referendae sunt ad legatum damnationis: alioquin deficientis pars conjuncto accresceret. Inter disiunctos per damnationem non erat etiam jus accrescendi, nec concursu partes faciebant; sed solidum quisque habebat: alter rem legatam, alter rei legatae aestimationem. Gajus in *fragment. Institut. lib.* 2. *tit.* 5. d. *L. unic. §. ubi autem.* 11. *C. de caduc. tollend.* Hodie sublatae sunt istae differentiae constitutione Justiniani, qui unam, eandemque naturam omnibus legatis esse voluit. At quaestionis est, an lege Papiâ jus conjunctionis inter collegatarios sublatum fuerit: an post legem Papiam conjunctus fisco praeferretur, vel fiscus conjuncto, & pars deficientis caduca fieret. Cujacius *lib.* 24. *observat. cap.* 34. ex inscriptione hujus *legis.* 89. & d. *L.* 142. *D. de verb. significat.* quae sunt ex *lib.* 6. *Pauli ad legem Juliam, & Papiam*: colligit, ideo Paulum, cùm scriberet ad leges Juliam, & Papiam, de conjunctis egisse; quia conjunctus fisco praeferebatur jure conjunctionis. Cur enim de conjunctis egisset Paulus, si jus conjunctionis lege Papiâ sublatum fuisset; aut si fiscus conjuncto in deficientibus partibus praelatus esset? Idem tamen Cujacius tribus aliis in locis ait, jus conjunctionis, & jus accrescendi lege Papiâ sublatum fuisse. Quod verius est. Disertim Ulpianus d. *tit.* 24. *de legat. Post legem Papiam non capientis pars caduca fit.* Propterea, post legem Papiam ad excludenda caduca substitutiones reciprocae introductae sunt, d.

 L. unic.

L. unic. in princ. *C. de cad. toll.* ut partes caducae heredum conjunctorum non fierent : quibus substitutionibus reciprocis opus non fuisset, si partes deficientes jure conjunctionis conjunctis heredibus accrescere potuissent. Ideo verò Paulus scribens ad *leg. Juliam, & Papiam*, de conjunctis egerat; quia in aliis casibus, qui ad leges istas non pertinebant, jus conjunctionis remanserat. Puta, si legatarius apertis tabulis legatum repudiaret, aut deficeret; tunc enim repudiantis, aut deficientis portio conjunctis potiùs, quàm aliis accrescebat. Sed etsi in caducis lex Papia jus conjunctionis sustulisset, semper obtinuit in iis, quae pro non scriptis habebantur. *d. L. unic. §. in primo. C. de caduc. tollend.*

De interpretatione L. legata. 41. D. de conditionib. & demonstrat.

CAPUT XLI.

ULPIANUS in L. legata. 41. D. de conditionib. & demonstrationib.

LEgata sub conditione relicta non statim, sed cùm conditio extiterit, deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt.

CUJACIUS ad lib. 15. Quaest. Papiniani, in *L. 3. de regul. Caton.*

Legata conditionalia, vel in diem incertum relicta, non cedunt à morte testatoris; sed cum conditio extiterit post mortem testatoris, L. legata sub condit. D. de condit. & demonstr. *Legata sub conditione non cedunt statim à morte, sed cùm conditio extiterit*; & ideo, *inquit*, interim delegari non potuerunt. (*Sic rectè Florentiae scriptum est*:) quod quid est aliud, quàm trasmitti ad heredem non potuerunt? *Videlicèt moriente legatariô, pendente conditione, ante cessionem.*

Sed aliter idem CUJACIUS in recitationib. C. ad *L. unic. C. de caduc. tollend. in §. sin autem aliquid.*

Hoc Graecis visa est velle L. legata, *quam hic ponam. Legata conditionalia non statim, id est, à morte testatoris, sed cùm conditio existit, deberi incipiunt. Verùm sequitur*, ideoque interim delegari non potuerunt. *Graeci* delegari *interpretantur, ut interim non possint transmitti in heredem legata, pendente conditione moriente legatariô*. Verùm melius est, ut verbum delegari accipiamus propriè; ut scilicet conditionalia legata, dum pendet conditio, non possint cedi, & mandari alteri, *ut scilicet nomina ceduntur: quia nondum est ullum nomen, nullum debitum, nulla actio: quam ob rem frustra ceduntur eorum actiones, quae nulla sunt.*

MERILLIUS.) Ulpianus ait, legata sub conditione relicta non statim deberi, sed cùm conditio extiterit, deberi incipiunt: id est, diem legatorum

torum sub conditione relictorum non statim cedere, non statim incipere deberi, sed tantùm post eventum conditionis, *L. 5. §. 2. D. quand. dies legator. vel fideicomm. L. unic. §. cùm autem. 7. Cod. de caduc. tollend.* Legata verò purè relicta statim cedunt, & deberi incipiunt post mortem testatoris, & ad heredes transeunt, *L. quae legata. 18. D. de regul. jur.* subjicit Ulpianus in hac *L. 41. ideoque interim delegari non potuerunt*, ut legitur in *Pandect. Florent.* Graeci Interpretes haec postrema verba intelligunt; ut si pendente conditione legatarius decesserit, non possit interim legatum heredibus suis delegare, seu ad heredes transmittere. Finge: Titio centum legata sunt, si navis ex Asia veniret; pendente conditione decessit Titius: legatum heredibus suis non delegabit, id est, transmittet. Graecorum interpretationem secutus est Cujacius, *lib. 15. quaest. Papiniani*, in *L. 3. D. de regul. Caton.* Sed in *recitationib. Cod.* Graecorum interpretationem rejicit, & verbum *delegari* propriè accipit: scilicet, ut legatum sub conditione relictum, pendente conditione, alii delegari, seu cedi non possit. Et hoc magis probarem: tum quia verbum delegandi propriè sumitur; tum quia major subest dubitatio. Finge: Testator Titio legavit centum sub conditione; pendente conditione Titius cessit centum sibi relicta, seu delegavit heredem debitorem Maevio creditori suo, ut heres locô suô esset debitor Maevii. Dubitari poterat, an legatum conditionale delegari, seu cedi posset; quia legatarius, cui sub conditione legatum est, mittitur in possessionem legati servandi causa, *L. officium. 9. D. de rei vindicat. L. 3. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. L. cùm legatorum. 12. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Tum quia legatum conditionale in stipulationem deduci potest, *L. 4. D. de transactionib.* & novari, *L. Stichum. 8. §. 1. & L. quotiens. 14. D. de novationib. & delegat.* Ulpianus ait, legatum sub conditione, interim non posse delegari, seu alii cedi: ita delegare propriè sumitur, *L. delegare. 11. D. eod. tit. de novation.* quod verbum aliàs minùs propriè sumeretur secundùm Graecos. Ideo verò legatum sub conditione relictum non potest delegari, quia nondum debetur antequàm conditio extiterit: nec legatarius, cui sub conditione legatum est, pendente conditione creditor esse intelligitur, *L. is cui. 42. D. de obligat. & actionib.* nec pendente conditione legatum transmittitur, *L. si cui. 49. §. 3. D. de legat. 1. L. si pecunia. 12. §. ult. & L. si Titio. 22. D. quando dies legator.* Non movet, quòd legatarius conditionalis mittitur in possessionem; aut legatum conditionale in stipulationem deducitur: id enim non fit, quasi debeatur: quale est, in stipulationem deducitur, & novatur: At cùm alii legatum conditionale ceditur, quasi jam debitum delegatur, d. *L. 11. D. de novationib. & delegat.* Ceterum vel ex hoc loco deprehendi potest, Graecos in suis interpretationibus saepè lapsos fuisse, cùm Latini sermonis vim non satis assequerentur.

An patronus possit remittere debitam portionem in bonis liberti.

CAPUT XLII.

PAULUS in L. patronus. 60. D. ad SCtum Trebellian.

PAtronus ex debita portióne heres institutus, sextam partem restituere rogatus restituit: non transeunt ex Trebelliano actiones, quoniam non fuit debitum, quod restituit; & ideo si per errorem fecit, etiam repetetur.

CUJACIUS in exposit. *Novellae* 1.

Hodie igitur differentia est inter legem Papiam, & legem Falcidiam: patronus post mortem liberti legem Papiam si omissurum se caverit, non tenetur: *debetur haec portio reverentiae patroni.; idcirco non est arctandus, ut eam invitus omittat, etiam si ita promiserit. Heres extraneus si se legem Falcidiam omissurum caverit quibusdam, vel omnibus, post mortem testatoris; sani tenetur. Cessat in eo reverentiae ratio:* & ut sciens si solverit solida legata, non repetit: *ita si caverit,* non inducit Falcidiam. *Non condicit cautionem.*

Sed aliter ad lib. 11. quaest. Pauli, in *L. patronus. 60. D. ad SCtum Trebellian.*

Puto igitur patrono, qui cavit, dari incerti condictionem, videlicet si is stipulanti caverit per errorem facti: & multò magis si conveniatur ex stipulatione, ei dari exceptionem doli mali, ne solvere cogatur: & ita est accipienda L. si patronus. D. de donationib. *Nam si id sciens, prudensque caverit, cessat condictio, & exceptio doli mali, quia de suo donasse videtur,* L. ita. 40. §. ult. de jure fisci.

MERILLIUS.) Libertus patronum suum heredem instituit ex debita portione, quam habere debet patronus in bonis liberti ex lege Papia. §.3. *Instit. de success. libertor.* deinde rogavit libertus patronum sextam partem hereditatis restituere, & patronus restituit. Paulus ait, non transire actiones ex SCto Trebelliano in fideicommissarium, quia patronus non debitum restituit. Patronus debitam portionem habet ex beneficio legis, non judicio testatoris; & ideo nullo fideicommisso onerari potest, *L. ita. 27. §. si patronus. 10. D. ad SCtum Trebellian. L. 4. D. de bon. libertor.* Quòd si patronus sciens, volensque indebitum solverit, non poterit repetere, quasi de suo donaverit., *L. ita. 40. §. ult. D. de jure fisci.* Sed finge, patronum scientem, volentemque cavisse, se fideicommissum soluturum, quod ex debita portione relictum erat: Quaestionis est, an solvere teneatur; vel possit cautionem condicere, vel agenti fideicommissario ex stipulatione, exceptionem doli mali opponere? Cujacius *lib. 11. quaest.*

Pauli

Pauli, in hac *L.* 60. ait, si patronus sciens caverit, se debitam portionem non petiturum, cessare condictionem incerti; id est, patronum non posse condicere cautionem condictione incerti: nec agenti stipulatori posse doli mali exceptionem opponere, quia de suo id donasse videtur. Sed in expositione *Novellae* 1. ait patronum, qui caverit, se legem Papiam omissurum, vel non petiturum debitam portionem ex lege Papia; non teneri ex hac promissione. Quod magis probarem, & expressum est in *L. si patronus.* 20. *D. de donationib.* ne pars ex legibus verecundiae patronali debita minuatur. Si quidem heres caverit, se beneficiô legis Falcidiae non usurum, cùm ex legatis quartam retinere posset; id tenetur solvere, *L. quidquid.* 46. *D. ad leg. Falcid.* d. *L. patronus.* 20. *D. de donationib.* Id potiùs admissum est adversùs legem Falcidiam, quàm adversùs legem Papiam: & ratio differentiae est, quòd lex Falcidia privatam tantùm utilitatem heredis respiciat, quam heres potest contemnere: ut & alia, quae pro nobis introducta sunt, licet contemnere. *L. si judex.* 41. *D. de minorib.* At reverentia patronalis ad jus publicum spectat, quod privatâ cautione à patrono remitti non potest, *L. jurisgentium.* 7. §. *& generaliter.* 16. *L. jus publicum.* 38. *D. de pact. L. Neratius.* 20. *D. de religios. & sumptib. fun. L. ult. D. de suis, & legit. L. si stipulator.* 35. §. 1. *D. de verb. obligat.*

An ob scientiam tutoris, dies petendae bonorum possessionis cedant pupillo.

CAPUT XLIII.

ULPIANUS in L. 7. §. ult. D. de bonor. possessionib.

IMpubes nec bonorum possessionem admittere, nec judicium, sine tutoris auctoritate, accipere potest: quia tutor pupillo, & pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. Dies, quibus tutor, aut pater scit, cedere placet.

CUJACIUS lib. 14. observat. cap. 8.

Supposititia videntur esse haec verba in L. 7. §. ult. D. de bonor. possess. aut pater, *& perperàm repetita ex* §. penult. *nam* dies quidem, quibus tutor scivit, pupillo cedere constat, *Exemplô actoris civitatum, cui tutor comparatur quasi persimilis*, L. qui solidum. 78. §. etiam. D. de legat. 2. *& pupillae respub.* L. 3. C. de jur. reip.

Idem CUJACIUS ad lib. 15. quaestionum Papiniani, *L.* 1. in fin. *D. de bonor. possessionib.*

Tutoris quidem scientia nocebit pupillo; *sed non potest jure scientia patris*

tris infanti nocere; & supposititia sunt haec verba L. 7. §. 1. ut certè omnimodò pugnant cum L. 1. *& cum* L. 3. quis ord. in possess. servet.

Idem CUJACIUS ad lib. 6. Responsor. Papiniani, in *L. ult. D. de jur. & fact. ignor.*

Dies, quibus tutor scivit, cedere placet, pupillo nimirùm; *& valet argumentum ab actore municipum ad tutorem, ut in* L. qui solidum. 78. §. etiam. de legat. 2.

Sed aliter CUJACIUS in recitationib. ad tit. de bonor. possess. in *L. 7. §. ultim.*

At ex quo tempore cedent centum dies petitionis patri, vel tutori? Cedent ex eo tempore, quò scierit pater, vel tutor: praeteritis centum diebus, non petent: Cedent autem patri, vel tutori; non filio, non pupillo: *nam scientia patris non nocet filio*. L. 3. D. quis ord. in poss. servet. L. 1. §. 1. tit. 2. *inf. Sic est finis hujus legis accipiendus*, cedere, patri videlicet, vel tutori, non filio.

MERILLIUS.) Pupillus, vel filiusfamilias fuerunt heredes instituti, tutor nomine pupilli, si infans fuerit, bonorum possessionem petere potest; & pater nomine filiifamilias infantis; *L. 1. D. de bonor. possess. furios. L. 7. C. qui admitti ad bonor. possess. L. si infanti.* 18. *C. de jure deliber.* Centum autem dies utiles extraneis heredibus praestituti sunt, ad petendam bonorum possessionem, quibus sciverint se fuisse heredes institutos, & potuerint bonorum possessionem petere. *L. 2. D. quis ord. in possessionib. servet.* Exemplô cretionis vulgaris, in qua centum dies utiles ad cernendam, seu adeundam hereditatem praestituti erant. Ulpianus *lib. singul. Regul. tit.* 22. Largius tempus, nempe anni utilis, parentibus, liberisque ad petendam bonorum possessionem tribuitur; neque enim ita brevi tempore centum dierum arctandi visi sunt, qui paenè ad propria bona veniebant, *L. 1. §. largius. 6. D. de successor. edict.* Cùm igitur pupillus, vel filiusfamilias fuerit heres institutus; quaestionis est, cujusnam scientia spectari debeat, ut dies petendae bonorum possessionis cedant: an scientia tutoris pupillo nocere debeat, vel scientia patris filio, ut post dies petendae bonorum possessionis praeteritos, quibus sciverint, & potuerint bonorum possessionem petere, ab ea excludantur, Gujacius *lib.* 14. *observat. cap.* 8. *lib.* 15. *quaest. Papin. in L.* 1. in fin. *D. de bonor. possess.* & *lib.* 6. *Responsor. Papin. ad L. ult. D. de jur. & fact. ignorant.* distinguit inter tutorem; & patrem; & putat, scientiam tutoris nocere pupillo; exemplô actoris municipum, cujus scientia nocet. *L.* 14. *D. ad Municipal.* & cui tutor comparatur. *L. qui solidum.* 78. §. 2. *D. de legat.* 2. scientiam verò patris non nocere filio. *L.* 1. & *L.* 3. *D. quis ord. in possess. servet.* Verùm quia Ulpianus in hac *L.* 7. §. *ult.* conjungit tutorem, & patrem, haec verba, *aut pater*, suppositicia esse existimat, & ex §. *superiore* repetita. Idem Cujacius in exposit. *tit. de bonor. possess.* ad hanc *L.* 7. §. *ult.* ait, tutoris scientiam ipsi quidem nocere, non pupillo; & patris scientiam ipsi quidem patri nocere, non filio: nec distinguit inter tutorem, & patrem. Sed utrique ait scientiam suam nocere, ut utrique cedant dies petendae bonorum possessionis, non pupillo, aut filio:

atque

atque ita hunc §. *ult.* intelligit recentâ lectione Florentinâ. Et hoc magis admitterem, quia scientia alterius non nocet, neque ignorantia alterius prodest, in petendis bonorum possessionibus, *L.* 5. *D. de jur. & fa.t. ignor.* nec scientia patris nocet filio, d. *L.* 3. *D. quis ord. in possess. servet.* sed ipsi patri. d. *L.* 1. *D. de bonor. possess. furios.* Idque vult Ulpianus in hoc §. *ult.* dies petendae bonorum possessionis, quibus tutor, aut pater scit pupillum, filiumve heredes institutos, cedere tutori, aut patri; non cedere pupillo, aut filio: Atque ita non pugnabit d. *L.* 3. *D. quis ord. in possess. servet.* si retineatur lectio Florentina. Et haec posterior interpretatio admittatur.

An magistratus municipales habuerint pignoris capionem, & multae dictionem.

CAPUT LXIV.

ULPIANUS in L. 4. §. 1. *D. de damn. infect.*

Si intra diem à Praetore constituendum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est. Ejus rei sic accipe, sive tota res sit, sive pars sit rei. An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus à magistratibus coërceatur? non puto; sed in factum actione tenebitur: nam & si à Praetore missus non admittatur, eâdem actione utendum est.

CUJACIUS in not. Digestor. ad *L.* 4. §. 1. *D. de damn. infect.*

Hinc colligunt, non esse jus municipalibus magistratibus capiendi pignoris. Idem docet L. nominatori. C. de pignorib. *ut nec judicibus datis. Solis Rom. Pop. Magistratibus est jus capiendi pignoris, aut in Provinciis Praesidibus, qui eos judices dederunt.*

Idem CUJACIUS in not. Godicis, ad *L. nominatori. Cod. de pignorib. & hypothec.*

Jus capiendi pignoris solis P. R. Magistratibus competit. L. aliud. 71. §. ult. D. de verbor. significat. *Magistratus municipales, quales ferè erant nominatores, non habent,* argumentô l. 4. D. de damn. infect.

Aliter CUJACIUS in paratit. God. ad *tit. de modo multar. quae à judicib. infiig.*

Omnes, qui judicationem habent, idest, qui publicè judicium exercent, multae dictionem, & pignoris capionem habent; quâ suam tueantur jurisdictionem.

MERILLIUS.) Titius egit damni infecti nomine adversùs Maevium, cùm ab aedibus ipsius damnum timeret. Jussus est Maevius cavere damni

infecti; & cautioni dandae dies praestitutus fuit. Maevius cautionem dare omisit. Magistratus municipales ex delegatione Praesidis miserunt Titium in possessionem aedium Maevii. Maevius non admisit Titium in possessionem. Quaerit Ulpianus, an magistratus municipales Maevium pignoribus captis coërcere possint, quòd Titium in possessionem missum non admiserit. Ulpianus non putat; sed Maevium in factum actione teneri, quâ tenetur is, qui missum in possessionem à Praetore, vel Praeside, non admiserit, *L. 1. §. 1.* & *L. 3. §. 2. D. ne vis fiat ei, qui in possess.* Cujacius in *not. Digest. ex hoc §.* colligit, magistratus municipales non habuisse jus capiendi pignoris. Et in *notis Codicis* aliud argumentum ducit ex *L. nominatori. 11. C. de pignorib. & hypothec.* ubi magistratui municipali, qui tutorem nominaverit, pignus nominati tutoris, si tutelam detrectaverit, sine auctoritate Praesidis capere non licet. Quasi id facere non possit jure suô magistratus municipalis, neque aliter quàm jussu, auctoritateve Praesidis. Idem Cujacius in *paratit. Cod. ad tit. de mod. multar. quae à judicib. infligunt.* ait, omnes magistratus, qui publicè judicium exercent, multae dictionem, & pignoris capionem habere; ut jurisdictionem suam tueantur. Non excipit magistratus municipales, sed tantùm defensores plebis, ex *L. 5. C. de defensorib. civitat.* qui alii sunt à magistratibus municipalibus. Et hoc quidem verius est, magistratus municipales pignoris capionem habuisse, non jure magistratûs, sed lege municipali, *L. quemadmodum. 29. §. magistratus. D. ad leg. Aquil.* ut etiam multae dictionem, *L. ult. D. de decret. ab ord. faciend.* & quaedam alia. *L. magistratus. 25. D. ad municipal.* Non movet, quòd in hac *L. 4. §. 1.* Ulpianus non putat, magistratus municipales pignoribus captis posse coërcere; quia cùm mittunt in possessionem damni infecti ex delegatione Praesidis; non funguntur jure magistratûs sui, sed vice illius, qui mandavit jurisdictionem, partemve jurisdictionis; nec utuntur jurisdictione suâ, sed jurisdictione illius, qui mandavit, *L. 1. §. 1. D. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. L. solet. 16. D. de jurisdict.* Si magistratus municipales pignus caperent illius, qui missum in possessionem non admisit; uterentur suâ jurisdictione: At verò uti debent jurisdictione Praesidis, & dare actionem in factum, ut Praeses daret, quanti ea res est, *d. L. 1. D. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. er.* Non movet etiam, quòd magistratus municipales absque auctoritate Praesidis pignus non capiant, in *d. L. 11. C. de pignorib. & hypothec.* quia Praeses cognoscebat, an nominatus ad munus publicum, illud justâ de causâ recusaret. *L. 1. §. solent. D. quand. sit appelland.* Interim igitur pendente cognitione, non potuerunt magistratus municipales nominati pignus capere.

An

An nota sit Marcelli, vel Triboniani, in L. duobus. 30. D. de liberal. caus.

CAPUT XLV.

JULIANUS *lib.* 5. *ex Minicio*, *in L. duobus.* 30. *D. de liberal. caus.*

Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim; si unô judiciô liber, alterô servus judicatus est; commodissimum est, eò usque cogi judices, donec consentiant: si id non contingeret, Sabinum refertur existimasse, duci servum debere ab eo, qui vicisset. Cujus sententiae Cassius quoque est, & ego sum: & sanè ridiculum est arbitrari, eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem ejus tueri. Commodius est autem, favore libertatis, liberum quidem eum esse; compelli autem pretii sui partem, viri boni arbitratu, victori suo praestare.

CUJACIUS ad lib. 11. Responsor. Papiniani, in *L. judicatae.* 29. *D. de except. rei judicat.*

Julianus, qui ex Sabinianis fuit, se etiam hujus opinionis esse nominatim scribit. L. duobus. sup. de liberal. caus. *Verùm contra quàm se sensisse Julianus scribit, additur in ea lege: non ex Juliano igitur, sed ex alio. Ex quo verò, nisi ex Marcello, qui notas scripsit in Julianum?* Additur ergo ex Marcello, commodius esse *contra opinionem Sabinianorum, favore libertatis, servum ad libertatem perduci ab utroque domino, parte pretii praestitâ victori, viri boni arbitratu.*

Idem CUJACIUS aliter in paratit. Cod. ad *tit. de commun. serv. manumiss.*

Verùm ad extremum Justinianus id constituit, quod dixi suprà: quod videtur Tribonianus etiam traduxisse ad speciem L. duobus. D. de liberal. caus. *ut quòd libertas dividi non possit,* L. alieno. §. 1. D. de fideicommiss. libertatib. *magis ad se integram libertatem trahat, quàm retineat hominem in servitute.*

MERILLIUS.) Titius, & Maevius petierunt hominem Stichum in servitutem pro dimidia parte, cùm partes in Sticho haberent indivisas intellectu magis, quàm corpore. *L.* 5. *D. de stipul. serv.* & contenderent, se ex parte dominos esse. Id autem disceptabatur apud diversos judices, puta, apud Centum viros, qui de liberalibus causis cognoscebant, ut majores Judices, *L. non distinguemus.* 32. §. *de liberali. D. de recept. qui arbit. receper.* Interdum eveniebat in judiciis centumviralibus, quorum diversa erant tribunalia, ut divisae essent sententiae judicum: veluti ut testamentum pro parte inofficiosum judicaretur, & pro parte confirmaretur, *L. si pars.* 10. *D. de inoffic. testam. L. cùm filius.* 76. *D. de legat.* 2.

L. judicatae. 29. *D. de except. rei judic.* Et ita in liberali causa contingere potuit, ut Titius vinceret, & partem servi ad eum pertinere pronuntiaretur: Maevius contra vinceretur, & partem servi ad eum non pertinere pronuntiaretur. Finge igitur contigisse, ut Titius vicerit Stichum, & contra Maevius victus fuerit: Julianus refert sententiam Sabini, & Cassii, (ex quorum schola fuit ipse) ut Titius, qui vicerit, servum ducat, & ita servus maneat, nec fiat liber. Ratio est, quòd cum victus fuerit Maevius in judicio liberali, pronuntiatus non fuerit Stichus liber; sed pronuntiatum fuerit, partem Stichi ad Maevium non pertinere; puta, quia Maevius dominium partis suae non probaverit. At fieri potest, ut pars Stichi ad Maevium non pertineat, & Stichus tamen non sit liber. Ideo totus manere debet servus secundùm Sabinianos, quia pro parte liber esse non potest, *L. alieno*. 31. *D. de fideicommiss. libertat.* d. *L. judicatae*. 29. *D. de except. rei judic.* Subjicit tamen Julianus, servum debere esse liberum; ita ut libertas potiùs trahat ad se servitutem, quàm servitus trahat ad se libertatem: at Stichum partem pretii victori Titio debere praestare; puta, si servi pretium sit sexaginta, Titio, qui vicit servum in judicio liberali, triginta praestare debet. Cujacius ad *lib.* 11. *Responsor. Papin.* in d. *L.* 29. *de except. rei judicat.* & in *Recitationibus ad lib.* 5. *Juliani ex Minicio*, putat in postremis verbis hujusce *leg.* 30. *commodius est autem favore libertatis*, subesse notam Marcelli ad Julianum. Marcellus fuit Proculejanus, ut aliàs ostendimus. Cùm igitur Sabiniani Stichum in specie hujus *leg.* 30. servum manere dixerint; Marcellus diversae scholae aliter sentiebat, ut & cùm alter ex dominis communem servum manumisisset, *L.* 1. in princ. *C. de commun. serv. manumiss.* Idem Cujacius in *paratit. C. ad tit. de comm. serv. manum.* ait, Tribonianum traduxisse postrema verba hujus *leg.* ex constitutione Justiniani, in d. *L.* 1. *C. de comm. serv. manum.* ubi voluit, potiùs libertatem ad se trahere servitutem. Et quidem Triboniani emblema potiùs, quàm nota Marcelli; quia Marcellus notas scripserat ad *libros Digestorum Juliani*, *non ad libros Juliani ex Minicio*; ex quibus haec *L.* 30. relata est.

An species L. id tempus. 14. D. de usurpat. & usucap. *referenda sit ad longi temporis praescriptionem, vel usucapionem.*

CAPUT XLVI.

PAULUS lib. 13. ad Plautium.

ID tempus venditionis prodest emptori, quò antequàm venderet, possedit: nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio empto-

emptori non proficiet. In re legata, in accessione, emptoris, qua testator possedit, legatarius quodammodò quasi heres est.

CUJACIUS in expositione *tit. D. de usurpat. & usucapionib. ad leg.* 14. *Ex his apparet, hanc legem* non de usucapione, sed de longa possessione *accipi oportere.*

Idem CUJACIUS aliter in Recitationib. ad lib. 34. Pauli ad edictum, in *L.* 2. §. *emptori*. 20. *D. pro emptore.*

Emptori tempus venditoris prodest, id est, tempus quò venditor possedit rem venditam, ad usucapionem procedere. Quod probat etiam L. 14. *sup.* tit. prox. & L. Pomponius. §. praeterea. de acquir. possess. & L. si duobus. *inf.* de divers. & temp. praescriptionib.

MERILLIUS.) Plures erant inter usucapionem, & longi temporis praescriptionem differentiae, antequàm Justinianus usucapionem in longi temporis praescriptionem transformaret, jusque usucapionis, & longae praescriptionis commisceret, in *L. unic. C. de usucap. transform.* Cujacius in *tit. de usurpat. & usucapionib.* unam agnoscit differentiam inter usucapionem, & praescriptionem, ex hac ipsa *L.* 14. Quòd in usucapione tempora inter emptorem, & venditorem non conjungerentur: Idque probat ex *L. si aedes.* 32. §. *libertas. D. de servitut. praedior. urbanor.* post Const. Harmenopulum *lib.* 4. *Epitom. tit.* 4. Sed in longi temporis praescriptione tempora conjungerentur, ex rescripto DD. Severi, & Antonini, §. *inter venditorem. Instit. de usucapionib.* atque ideo hanc *L.* 14. de longi temporis possessione, non de usucapione accipi oportere existimat. Finge: Titius, antequàm fundum venderet Maevio, per annum possedit: Maevius emptor eundem fundum per annum alium possedit. Ita completa non est possessio biennii, quae ad usucapionem rerum immobilium ex *L. XII. tabul.* requiritur. Nec conjunguntur tempora possessionis inter venditorem, & emptorem; ut possessio venditoris prosit emptori, & emptor usucapiat, quasi antea possedisset. Idem tamen Cujacius in *L.* 2. §. *emptori. D. pro emptor.* in exposit. *Tit. pro empt.* in Recitationib. ad *tit. de acq. vel amitt. possess.* ad *L. Pomponius.* 13. in princip. & in *Recitationib.* ad *lib.* 34. *Pauli ad edictum*, in *L.* 2. §. *si à pupillo.* §. *si à furioso*: & §. *emptori. D. pro empt.* ait, in usucapione tempora conjungi inter venditorem, & emptorem: idque probat ex *L.* 2. §. *emptori.* 20. *D. pro emptore. L. Pomponius.* 13. §. *praeterea. D. de acquir. vel amitt. possess. L. si duobus.* 6. *D. de divers. & temp. praescript.* & ex hac *L.* 14. Quod magis admitterem, neque differentiam hac in re constituendam esse inter usucapionem, & longi temporis praescriptionem: sed in utrâque accessionem temporis, quo possedit venditor, proficere emptori; & conjungi tempora inter venditorem, & emptorem. Et hanc *L.* 14. de usucapione debere intelligi, cùm alibi expressum sit, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere. d. *L.* 2. §. *emptori. D. pro empt.* ubi verba Tribonianus non immutavit. Contra verò apparet, hanc *L.* 14. de possessione longi temporis intelligi non oportere, neque §. *inter. Instit. de usu-*

capio-

capionib. quia multò ante rescriptum DD. Principum obtinuerat, ut possessio venditoris accederet emptori. Africanus in d. *L.* 6. *D. de diverſ. & tempor. praeſcript.* Scaevola in *L. de acceſſionibus.* 14. *D. eod.* Et quidem aliud fuit rescriptum DD. Principum, quàm ut possessio venditoris proficeret emptori: quod & Theophilus deprehendit in d. §. *inter.* cui species ista affingi potest. Titius vendidit Maevio fundum sub lege commissoria, vel pacto addictionis in diem, & tradidit. Maevius intra diem praestitutam pretium non solvit, & commisit in legem venditionis; vel alius meliorem conditionem attulit. Dubitabatur, an resolutô venditionis contractu, Maevii emptoris possessio proficere deberet Titio venditori; quia Maevius non Titio, nec nomine Titii, sed sibi possederat. d. *L. Pomponius.* 13. §. *praeterea. D. de acquir. vel amitt. poſſeſ.* Et haec dubitatio rescriptô Impp. sublata est, cùm inter emptorem, & venditorem conjungi tempora voluerunt; id est, possessionem venditoris proficere emptori, & emptoris quoque possessionem proficere venditori, si venditio resolvatur. Atque ita Cujacius d. §. *inter. Inſtit. de uſucapionib.* interpretatur ad *Tit. de acquir. vel amitt. poſſeſ.* in d. *L. Pomponius.* Non movet Harmenopuli interpretatio in d. *L. ſi aedes.* 32. §. *libertas. D. de ſervitutib. praedior. urbanor.* Finge: Titius, qui debebat servitutem altiùs non tollendi vicinis aedibus Maevii, altiùs aedificavit in aedibus suis contra servitutem Maevio debitam: ita Titius libertatem servitutis usucapiet, si per statutum tempus, id est, legitimum, aedes possederit, & sublata erit servitus. *L.* 4. §. *ult. D. de uſurpat. & uſucap.* At si Titius aedes possidere desierit, interpellabitur usucapio servitutis. Julianus in d. *L.* 32. ait, *Quòd ſi alius aedes Titii poſſidere coeperit integrô ſtatutô tempore, libertatem uſucapiet.* Ex quibus verbis Graecus interpres colligit, non conjungi tempora inter venditorem, & emptorem; quia si conjungerentur, emptori integrô tempore ad usucapionem opus non esset. At non rectè colligit; quia non ait Julianus, Titium aedes vendidisse, sed possidere desiisse; & fieri potest, ut Titius aliô modô possidere desierit, quàm venditione; & ut alius ex alia causa quàm venditionis, aedes possidere coeperit, atque ita uti non potuerit accessione venditoris; illique opus fuerit integrô tempore, quod ad usucapionem requiritur. Caeterùm & ex hoc loco apparet, non temerè Graecorum interpretationes admitti oportere.

An donator ex mora debeat uſuras, vel fructus rei donatae.

CAPUT XLVII.

PAULUS in L. Neſennius. 41. §. *fundum. D. de re judicata.*

Fundum quis donavit: si non restituat, ut quivis possessor damnandus est. Si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos con-

consumpserit, in solidum condemnandus est: potuit enim non periclitari, si statim restituisset. Si dolo desiit possidere, in litem jurabitur, & tanti sequetur condemnatio.

CUJACIUS ad lib. 14. quaest. Pauli, in *L. Nesennius.* 41. §. *fundum. D. de re judicat.*

Dicendum est, hoc esse singulare in donatore, ut de consumptis non teneatur, etiam si consumpti sint post litem contestatam; quia donator avarè exigendus non est: unde etiam ex mora neque fructus, neque usuras debet.

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 17. Digestorum Juliani, in *L. qui sine dolo.* 63. *D. de regul. jur.*

Is, qui donationis causâ aliquid promisit, ex mora quidem non debet usuras, si quod promisit, consistat in numero, pondere, vel mensura. L. eum qui. 22. D. de donationib. *Liberalis non est avarè exigendus*: debet tamen fructus saltem extantes, si agrum promiserit, ex tempore morae scilicet, *L. Nesennius.* §. *ult. D. de re judicat.*

MERILLIUS.) Titius à Maevio fundum dari stipulatus est donationis gratiâ: Egit Titius ex stipulatione adversus Maevium donatorem fundi, ut fundum donatum restitueret, & condemnatus fuit restituere. Quaeritur, an etiam teneatur ad restitutionem fructuum, quos ex fundo donato post litem contestatam perceperit. Cujacius in *Recitationibus ad lib. 14. quaestionum Pauli*, in hac *L.* 14. ait, donatorem ex mora, neque usuras, neque fructus debere. Et quidem si quis pecuniam donationis causâ promiserit interpositâ stipulatione, & moram fecerit, usurae liberalitatis ab eo non exiguntur, *L. eum, qui.* 22. *D. de donationib.* etiam si liberalitas in Rempub. facta sit, *L. liberalitatis.* 16. *D. de usur.* & ad opus publicum, *L.* 1. *D. de pollicitationib.* At eadem est ratio usurarum, & fructuum: Igitur ut ex morâ usurae pecuniae donationis causâ promissae non debentur, ita nec fructus ex fundo donationis causâ promisso. Idem tamen Cujacius in *Recitationib. ad lib. 17. Digest. Juliani*, in *L. qui sine dolo.* 63. *D. de regul. jur.* ait, eum, qui donationis causâ promiserit, ex mora non debere usuras; debere tamen fructus saltem extantes, si fundum promiserit, ex tempore morae: quod probat ex hac *L.* 41. & certum est. Etenim Paulus disertim ait, donatorem fundi, si non restituat, ut quemvis possessorem condemnandum esse; ut etiam manu militari cogi possit ad restitutionem fundi, *L. qui restituere.* 68. *D. de rei vindicat.* Subjicit etiam Paulus, donatorem, fructuum nomine, si consumpti non fuerint, in solidum damnari oportere. Quod intelligendum est de fructibus perceptis post litem contestatam: Ex quo tempore fructus percepti debent restitui; quia qualis est fundus, cùm petitur, talis restitui debet, *L. cùm fundus.* 31. *D. de reb. credit.* *L.* 2. & *L. videamus.* 38. §. *si actionem. D. de usur.* Excipit tamen Paulus perceptos, & consumptos à donatore, quos restituere non tenetur. Idque singulare est in donatore, ut fructus tantùm extantes, non consumptos, restituat: quasi id tantùm facere posse intelligatur. Aliàs enim fructus consumpti post

litem

litem contestatam restitui debent. §. *si quis à non domino*. 37. *Instit. de rer. divis. L. certum est*. 22. *Cod. de rei vindicat.* Verius est igitur, donatorem post litem contestatam fructus ex fundo donationis causâ promisso restituere debere. Non movet, quòd usurae pecuniae donationis causâ promissae non exiguntur. d. *L.* 16. *D. de usur.* in multis enim alia ratio est usurarum, & fructuum. Nec d. *L.* 34. *D. eod.* pertinet ad usuras, quae debentur ex mora, seu lite contestata; sed ad usuras perceptas, quarum est eadem ratio, quae fructuum perceptorum, ut ostendimus sup. in d. *L.* 34. Non movet etiam, quòd fructus ex fundo donato percepti in donationem computari non debeant; quasi donati non sint, *L. in aedibus*. 9. *D. de donationib.* Namque ita debet intelligi, ut cùm de modo donationis quaeritur lege Cinciâ permissae, seu lege Munerali, (ut Plautus, & Sextus Pompejus loquuntur,) habeatur ratio tantùm fundi donati, non etiam fructuum ex fundo donato perceptorum. Finge, fundum quingentos aureos non excedere; & donatorem fructus ex fundo donato percepisse: Illi fructus non venient in computationem, quasi donatio excedat modum lege Cinciâ praestitutum: Sed nihilominùs venire debent in restitutionem, si quos donator post litem contestatam perceperit, nec consumpserit. Denique fructus non intelliguntur esse ex re donata ratione donatarii, sed ratione donatoris, ut eos restituere teneatur.

De interpretatione L. in judicati, 61. D. de re judicata.

CAPUT XLVIII.

JULIANUS *Lib.* 45. *Digest. L. in judicati*, 61. *D. de re judicata.*

IN judicati actione non priùs ratio haberi debet ejus, cui prior reus condemnatus fuerit.

CUJACIUS in recitationib. ad lib. 45. Digest. Juliani, in *L. judicati*, 61. *D. de re judicat.*

Quod restat ex hoc libro in L. 61. D. de re judicat. *in actione judicati, non haberi priùs rationem ejus, cui prior reus condemnatus fuerit; pugnat omninò cum* L. 19. eod. tit. *quae priùs rationem esse habendam ejus ait, qui occupaverit agere, atque prior condemnaverit reum; ut fit in actione de peculio. Et ut paucis absolvam, Basilicῶν quoque auctores, quod admodùm placet, in d.* L. 61. *legunt detractâ negatione: In judicati actione, priùs ratio debet haberi ejus, cui prior reus condemnatus fuerit*. Et postea: si duobus condemnatus fuero, is praefertur, in actione scilicet judicati, qui prior pervenerit ad sententiam, quive me prior condemnaverit.

Idem

Idem CUJACIUS aliter in Recitationib. ad lib. 1. Responsor. Ulpiani, in *L. si & jure.* 10. *D. qui potior. in pign. habeant.*

Ex hoc genere pignoris, quod non ex conventione venit, sed ex auctoritate magistratus in causa judicati capitur, is potior erit; in cujus persona pignus priùs constitutum erat, *L. inter*, & *L. in judicati. D. de re judicat.*

Idem CUJACIUS aliter lib. 9. observat. cap. 37.

Falluntur dum L. si & jure, *accipiunt quasi adversam* L. inter, & L. in judicati. de re judicat. *Nam quod in his de actione judicati, idem in illa de judiciali pignore constituitur*: ut non qui prior sententiam consecutus est; sed qui occupavit agere judicati, pignusve capere in causam judicati, potior sit.

MERILLIUS.) Titius duobus creditoribus erat obligatus, Maevio, & Sejo. Maevius priùs adversùs Titium condemnationem obtinuit; deinde Sejus egit adversùs eundem Titium, & pariter judicatum fecit. Sejus autem in executione rei judicatae praevenit Maevium, & prior ex causa judicati pignora Titii recepit: deinde Maevius & ex causa judicati eadem pignora Titii cepit. Quaeritur, an Maevii causa sit potior, qui priùs sententiam adversùs Titium obtinuit, licèt posterior pignora Titii ceperit: An verò Seji causa potior esse debeat, qui priùs rem judicatam executus est; licèt posterior sententiam obtinuerit. Cujacius in *Recitationibus ad lib.* 45. *Digest. Juliani* in hac *L.* 61. detrahit negationem, secundùm auctores Basilicῶν; & ita intelligit, ut si quis duobus condemnatus fuerit, is praeferatur in executione judicati, qui prior ad sententiam pervenerit. Movetur, quòd retentâ negatione, pugnaret cum *L. inter.* 19. sup. *eod. tit. de re judic.* Tum quia regulariter occupantis, seu, ejus, qui prior ad sententiam pervenerit, melior est conditio, *L. si quis.* 14. *D. de noxalib. actionib. L. si verò.* 10. *D. de pecul.* & d. *L.* 19. sup. *hoc tit.* Sed aliter idem Cujacius sentit, ad *lib.* 1. *Responsor. Ulpiani*; ut is potior sit, in cujus persona priùs constitutum fuerit; id est, qui priùs pignus ceperit; nec enim sententiâ, sed capione constituitur. d. *L.* 10. *D. qui potior. in pignor. habeant.* Sed apertiùs Cujacius *lib.* 9. *observat. cap.* 37. ait, ut non qui prior sententiam consecutus est, sed qui occupavit agere judicati, pignusve capere in causam judicati, potior sit: retentâ negatione, ut est in Pandectis Florentinis. Et hoc magis probarem; quia pignus non constituitur sententiâ judicis, sed tum demum, cùm capitur. d. *L.* 10. *D. qui potior. in pignor.* & *L.* 1. *C. si in caus. judicat. pign. capt. sit*. Et ratio est, quòd jus civile vigilantibus scriptum est. *L.* 6. §. *sciendum*, & *L. penult.* in fin. *D. quae in fraud. creditor.* At is sibi vigilavit, qui prior rem judicatam executus est, & pignus ex causa judicati cepit. Alia est ratio pignoris praetorii; puta, cùm unus ex creditoribus mittitur in possessionem rerum debitoris, debiti servandi causâ; vel unus ex legatariis, legatorum servandorum causâ, mittitur in possessionem bonorum heredis: non est illius causa potior, *L.* 5. §. *qui prior. D. Ut in possess. legator. L. cùm unus.* 12. *D. de reb. auct. judic. possidend.* Verius est igitur, hanc

hanc *L.* 61. ita debere intelligi; ut non sit potior causa Maevii, qui prior ad sententiam pervenit; sed Seji, qui prior sententiam executus fuerit. Non movet Graecorum auctoritas, qui in d. *L.* 61. negationem detraxerunt: Hoc enim saepe illis contigit, cùm pugnantes leges esse crederent, & pugnantiam earum conciliare vellent. At nullomodò pugnat d. *L. inter*, 19. cum hac *L.* 61. & in eandem rem eas affert Cujacius ad *lib.* 1. *Responsor. Ulpiani*, in d. *L.* 10. *D. qui potior. in pign.* quasi conveniant, ut sanè conveniunt. *Lex* 19. ita debet intelligi, ut occupantis sit melior conditio: id est, illius, qui prior ad sententiam pervenerit, & sententiam executus fuerit. *Lex* 61. ita debet intelligi, ut non sit potior conditio illius, qui prior sententiam obtinuerit; si alius eum in judicati executione praevenerit, & prior sententiam executus fuerit: Atque ita semper verum est, meliorem esse conditionem occupantis.

An eadem sit condictio, quae datur ex mutuo, & quae datur ex promutuo.

CAPUT XLIX.

GAJUS in L. 5. §. *is quoque.* 3. *D. de obligat. & actionib.*

IS quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione; & eâdem actione tenetur, quâ debitores creditoribus.

CUJACIUS in Recitationib. ad tit. Digestor. *de obligat. & actionib.* in *L.* 5. §. *is quoque.*

Indebiti solutio non est mutuum, sed est promutuum; & tenetur eâdem actione, quae nascitur ex mutuo. puta, condictione hujusmodi, si paret eum dare oportere. §. 2. Instit. Quib. mod. re contrahit. obligat. *ut hoc genere, quod accepit, ab eo repetatur: tenetur, inquam, eâdem actione, non specie quidem prorsus, sed genere eodem.*

Idem CUJACIUS aliter lib. 8. observationum, cap. 34.

Quâ actione tenetur is, qui mutuam pecuniam sumpsit; eâdem tenetur, qui quasi à debitore indebitam pecuniam accepit. Qui mutuam sumpsit quasi à creditore, condictione tenetur: eâdem tenetur, qui quasi à debitore solutam accepit. Quod apertè indicat, L. 5. §. is quoque. D. de obligat. Qui non debitum accepit, eâdem, *inquit*, actione tenetur, quâ debitores creditoribus. *Ubi debitorum, & creditorum nomen strictè ad mutui dumtaxat causam refertur. Et* §. item is, cui. Instit. de obligat. quae quasi ex contract. *Perinde, inquit, is, qui accepit indebitam pecuniam obligatur, ac si*

ac si mutuum daretur ; & ideo condictione tenetur . Eadem igitur actio datur ex mutuo, & ex promutuo : ex contractu , & quasi ex contractu mutui.

MERILLIUS.) Titius solvit centum Maevio per errorem, cùm putaret, se Maevio centum debere, quae tamen non debebat. Ait Gajus in *L. 5. §. is quoque. 3. D. de obligat. & actionib.* Maevium Titio obligari quasi ex mutuo , perinde ac si Maevius à Titio pecuniam mutuam accepisset . Et ita indebiti solutione promutuum contrahitur , ut mutuum rei datione . *L. 1. D. de condict. triticiar.* Ex mutuo naturalis obligatio contrahitur, id est, re ipsâ. *L. certi. 9. §. quoniam. D. de reb. credit. L. quia. 10. D. de SCto Macedon. L. si ita. 126. §. Chrysogonus. D. de verbor. obligat.* Ex promutuo naturalis quoque obligatio contrahitur solutione, quae fit naturaliter, & re ipsâ, *L. solutam. 49. §. ratam. & L. penult. D. de solut. & liberat.* In mutuo res ejusdem generis, & qualitatis reddi debet, *L. 2. §. mutui, & L. 3. D. de reb. cred.* In promutuo tantundem ex eodem genere reddi debet , *L. penult. D. de praescript. verb.* Ex mutuo usurae non debentur ; nec si ex pacto promissae fuerint . *L. si tibi decem. 17. D. de pact. L. rogasti. 11. §. si tibi decem. D. de reb. credit. L. 3. C. de usur.* Neque ex mora , si debitor in solutione mutui moram fecerit. *L. Titius. 24. D. de praescript. verb.* Ex promutuo etiam usurae non debentur . *L. 1. C. de condict. indebit.* Indebitum igitur est quasi mutuum, seu promutuum: & ideo Gajus ait in *L. 5. §. is quoque. D. de obligat. & actionib.* eum, qui indebitum accipit , quasi ex mutui datione obligari; & eâdem actione teneri, quâ tenentur debitores creditoribus; puta, debitores, qui à creditoribus mutuam pecuniam acceperunt. Sed quaestionis est, an teneantur eâdem actione prorsus, puta, quae sit eadem specie . Cujacius in *Recitationibus ad tit. D. de obligationib. in L. 5.* ait, eum, qui indebitum accepit , eâdem actione teneri , non quae sit eadem specie, sed quae sit eadem genere; id est, teneri quidem condictione, seu actione in personam, ut qui mutuum accipit. *L. 1. D. de interrogat. in jur. faciend.* sed non teneri condictione certi, ut qui mutuum accipit; teneri condictione indebiti , non condictione ex mutuo . Et quidem aliud est indebitum, quàm mutuum: Qui mutuum dat , de contrahenda obligatione cogitat : qui indebitum solvit , magis de distrahenda , quàm de contrahenda obligatione cogitat, ut hîc Gajus subjicit: & indebiti solutio magis est distractus, quàm contractus. *§. item is, cui. Instit. de obligat. quae quasi ex contract.* Aliud negotium geritur, & contrahitur indebiti solutione, quàm fuerit animus contrahentis. *L. si in area. 33. D. de condict. indebit.* Ut igitur aliud est mutuum, aliud promutuum ; alia videtur esse actio , quae datur ex mutuo , & alia , quae datur ex promutuo. Idem Cujacius *lib. 8. observat. cap. 34.* ait, eandem esse actionem, quae datur ex mutuo, & promutuo; nec distinguit, an eadem sit genere, vel specie: quod magis admitterem, & eandem prorsus esse condictionem, ut hîc Gajus expressim ait, eandem esse condictionem specie : puta , condictionem certi , quae datur ex mutuo, & ex promutuo, & ex aliis contractibus nominatis, &

innominatis. *L. certi.* 9. *D. de reb. credit.* quam sup. attigimus; si quis malit certum condicere, quàm agere propriâ actione, quae ex contractu certo datur: aut actione praescriptis verbis, quae ex contractu incerto datur. *L.* 5. *D. de praescript. verb.* Haec condictio certi, quae datur ex mutuo, & ex promutuo, seu indebito eadem est specie; nec enim didistinguimus condictionem certi generalem, ab eâ condictione, quae datur ex mutuo, ut ostendimus in d. *L.* 9. *D. de reb. cred.* Ita verò intelligendum est, eandem esse actionem ex promutuo, ut quae datur ex mutuo, si pecunia indebitè soluta fuerit: vel aliae res pondere, numerô, & mensurâ constantes solutae fuerint: quia & in his rebus consistit mutuum, quae functionem in suo genere recipiunt. *L.* 2. *D. de reb. cred.* Ex aliis verò rebus datur condictio indebiti; puta, si homo, vestis, indebitè soluta fuerint. *L. indebiti.* 15. & *L. in summa.* 65. §. *ei, qui indebitum. D. de condict. indebit.* quia in his rebus mutuum non contrahitur, nec itur in creditum; utpote, quae in suo genere functionem non recipiant. Tantundem igitur quod solutum est, petitur, non tantundem ex eodem genere. d. *L. penult. D. de praescript. verb.*

De interpretatione L. actio. 28. D. de obligat. & actionib.

CAPUT L.

PAPINIANUS lib. 1. *Definitionum, in L. actio.* 28. *D. de obligat. & actionib.*

Actio in personam infertur, petitio in rem; persecutio in rem, vel in personam, rei persequendae gratiâ.

CUJACIUS in Recitationib. ad *tit. D. de obligat. & actionib. in L. actio.* 28.

Papinianus videtur simpliciter scripsisse, propriè actionem, esse actionem in personam; petitionem, esse actionem in rem; persecutionem, esse commune nomen actionis, & petitionis, persecutionem dici, tam in rem, quàm in personam. Apage illud, rei persequendae gratiâ; in personam enim, quae poenae persequendae gratiâ est actio, cur non dicitur persecutio?

Idem CUJACIUS aliter lib. 1. Definitionum Papiniani, in *L. actio.* 28. *D. de obligat. & actionib.*

Divisit actionem, in d. L. 28. *in actionem, petitionem, persecutionem: actionem inferri in personam*, rei persequendae gratiâ. Propriè ita accipi actionem, & specialiter.

Et lib. 22. observationum, cap. 21.

Animadvertendum est, sumptam eam L. 28. *esse ex* lib. 1. Definitionum Papi-

Papiniani; *qui cum fortè Papinianus proposuisset veterem illam regulam juris; Quâ de re actio, petitio, persecutio adversùs defunctum fuerit, & adversùs heredem ejus esse, vel bonorum possessorem: eam interpretatur esse accipiendam de actione, petitione*, persecutione, quae rem persequitur non poenam: *nam poenalis actio, quaeve poenae nomine concipitur, non descendit ad haeredem.*

MERILLIUS.). Sumpta est *L. actio*. 28. *D. de obligat. & actionib.* ex *lib.* 1. *Definitionum Papiniani*; id est, *Regularum*. Siquidem & apud juris auctores, definitio est regula. *L. non non aliter.* 69. *D. de legat.* 3. *L.* 1. *D. de regul. Caton. L.* 10. *D. de aur. argent. legat. L. omnis.* 202. *D. de regul. jur.* & apud Gellium. *lib.* 1. *cap.* 25. Papinianus eo *lib.* 1. *Definitionum* egerat de Aquiliana stipulatione, ut deprehenditur ex inscriptione *L.* 5. *D. de transactionib.* Et quia verba illa, *Actio, petitio, persecutio*, sunt ex formula Aquilianae stipulationis, *L. & uno.* 18. §. 1. *D. de acceptilatione*, Ideo Papinianus eodem *lib.* 1. *Definitionum*, distinxerat actionem, petitionem, persecutionem, in hac *L.* 28. Ait, actionem propriè esse quae in personam infertur, seu condictionem; puta, cùm actor adversùs reum intendit aliquid dare, facere oportere, *L. quod te.* 5. *D. de reb. credit.* d. *L.* 18. *D. de acceptilat.* petitionem verò esse ait propriè, actionem in rem, seu vindicationem; puta, cùm actor rem suam petit, vindicat. Theophilus in §. *aequè. Instit. de actionib.* & hinc petitorium judicium, *L. qui petitorio.* 36. *D. de rei vindicat.* in quo res petitur, & vindicatur; in quo agitur de dominio, seu proprietate rei. Persecutionem verò Papinianus esse ait, vel in rem, vel in personam *rei persequendae gratiâ*: quae persecutio in rem, vel in personam, est extraordinaria actio, *L. pecuniae.* 178. §. *actionis. D. de verb. significat.* Persecutio in rem est, veluti hypothecaria actio, *L. pignoris.* 17. *D. de pignorib. & hypothec. L. pignoris.* 18. *C. eod. L. sicut.* 21. *C. de fidejussorib. & mandatorib.* quae est utilis in rem actio. *L.* 3. §. *est autem. D. ad exhibend.* & non petitur per formulam ordinariam, sed extra ordinem cognitione magistratûs, *L. mandati.* 14. *C. de fidejussorib. & mandat.* Quandoque tamen hypothecaria actio dicitur ordinaria, ut in *L.* 5. *C. si aliena res pign. dat. sit.* Extraordinaria, & ordinaria dicitur diversâ ratione. Hypothecaria actio est, extraordinaria, seu utilis, ad differentiam directae vindicationis, seu actionis in rem. d. *L.* 3. §. *est autem. D. ad exhibend.* Quo modò actiones utiles sunt extraordinaria judicia, *L. actio.* 47. *D. de negot. gest.* Ordinaria verò actio dicitur, ad differentiam actionis in factum, quae ex aequitate datur; ut in d. *L.* 15. *C. si alien. res pign.* & ordinaria, veluti ex edicto Praetoris, seu jure honorario prodita. *L. si tibi decem.* 17. *D. de pactis.* Persecutio in personam est, veluti fideicommissi persecutio. *L.* 3. *D. de usuris, & fructib.* quod non petitur per formulam, sed extra ordinem, & cognitione magistratûs. Ulpianus *lib. sing. Regul. tit.* 25. *de fideicommiss.* & in d. *L.* 178. §. *actionis. D. de verb. signific.* Cujacius autem in recitationib. ad *tit. de obligat. & actionib.* postrema verba hujusce *L. rei persequendae gratia*, rejicienda existimat, quia persecutio non minùs

nis dici debeat, cùm poenam persequimur, quàm cùm rem persequimur in personam. *L. constitutionibus.* 33. *D. de obligat. & act. L. si pignore.* 34. §. 3. *D. de furtis.* At si retinerentur haec verba, *rei persequendae gratiâ*; videretur persecutionem tantùm dici oportere, quae rem in personam persequitur. Idem verò Cujacius in *recitationib. ad lib.* 1. *Definitionum Papiniani*, haec verba retinet in hac *L.* 28. & *lib.* 22. *observationum. cap.* 21. Quod magis admitterem; quia differentia est inter persecutiones, quae fiunt in personam rei persequendae gratiâ; & persecutiones, quae fiunt in personam, poenae persequendae gratiâ: Illae adversùs heredes transeunt, quae rem persequuntur; sed non transeunt, quae poenam persequuntur. Et propterea hîc Papinianus persecutionem distinguere voluit, quae fit rei persequendae gratiâ, ad differentiam earum, quae poenam persequuntur.

An fidejussor acceptus in majorem summam, quàm reus principalis debeat, nullo modo, vel ad summam debitam obligetur.

CAPUT LI.

ULPIANUS *in L. Graecè.* 8. §. *illud.* 7. *D. de fidejussorib. & mandatorib.*

Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur; quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari.

CUJACIUS in recitationibus ad lib. 11. Responsor. Papiniani, in *L. pecuniae.* 9. *D. de usuris.*

Obstat L. Graecè. §. illud. D. de fidejussorib. *quae lex ostendit, fidejussorem, qui pro debitore obligato in decem, promisit quindecim*, nulla ex parte teneri: neque in decem, in quae tantùm, si promisisset, teneretur utiliter; neque in quindecim, ut loquitur ea lex, omnino non obligari, L. 4. §. 1. D. rem pupill. salv. for. Basilica, ὅλως ἄκυρ, *nullo modo obligari.*

Idem CUJACIUS aliter in not. secundis Institutionum, ad §. *fidejussores. Instit. de fidejussorib.*

Si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur: Contra verò obligari non potest, in majorem summam scilicet; in debitam enim summam obligari magis est. L. si à reo. D. de fidejussorib.

Et in Recitationib. ad lib. 4. Juliani ex Minicio, in *L. rogatus.* 33. *D. mandat.*

Si is fidejussor fidejusserit in majorem summam, rectè obligatur. L. Graecè.

cè. §. illud. D. de fidejussorib. L. ult. de eo, per quem fact. erit. Et postea. *Ex hoc loco perquam evidenter apparet, quod dicitur in d.* §. illud. *fidejussorem, qui se obligavit in duriorem causam*, omnino non obligari: *sic esse accipiendum, ut* omninò non *obligetur*, quatenùs se obligavit, sed quatenùs duntaxat rogatus est, ut fidejuberet. *Quod confirmat etiam* L. si à reo. D. de fidejussorib. *&* L. 11. §. ult. D. de constit. pecun.

MERILLIUS.) Ulpianus ait, fidejussorem in duriorem causam acceptum *omninò non obligari*, secundùm lectionem Florentinam. Haloandrina lectio habet, *non omninò obligari*, praepositâ negatione. In leviorem tamen causam fidejussor potest accipi, puta, si reus purè sit obligatus, fidejussor potest accipi sub conditione: & cùm debitor fuerit in totum, veluti fundum obligatus in partem accipi potest; puta, usumfructum fundi. *L. si à reo. 70. D. de fidejussorib. & mandatorib.* Eâdemque ratione fidejussor in minorem summam accipitur: puta, si Titius debeat centum, fidejussor poterit accipi in quinquaginta. Sed finge: Titius debebat centum Maevio; Sempronius fidejussit pro Titio in centum, & quinquaginta. Quaestionis est, an Sempronius fidejussor nullô modô obligetur, vel in eam summam sit obligatus, quâ Titius Maevio tenetur, puta centum. Cujacius in *Recitationib. ad lib.* 11. *Respons. Papiniani, in L. pecuniae. 9. D. de usur.* probat ex hac L. 8. fidejussorem, qui promisit quindecim pro debitore obligato in decem, nulla ex parte teneri, neque in decem, neque in quindecim. Id probat etiam auctoritate Basilicῶν, quae legunt fidejussorem ὅλως, id est, ut ille interpretatur, *nullô modô* obligari, si in duriorem causam acceptus fuerit: Atqui durior est causa fidejussoris, qui majorem quantitatem promiserit, quàm reus principalis tenebatur. Ea quoque fuit sententia Joannis Bosiani ex primis Glossographis Juris Civilis, ut hîc refert Accursius. Idem Cujacius in *notis secundis Institutionum, ad §. fidejussores. Instit. de fidejussorib.* & ad *lib. 4. Juliani ex Minicio, in L. rogatus.* 33. *D. mandat.* probat ex *L. 8. §. illud. D. de fidejussorib. & mandat.* fidejussorem acceptum in majorem summam rectè obligari; non quidem in totum, sed quatenus reus principalis tenebatur. Quod & plerisque interpretibus Latinis placuit; & magis probarem. Haec enim sententia multis rationibus firmari potest. *Primò* ex d. *L. 33. D. mandat.* ubi fidejussor, qui in majorem quantitatem se obligavit, tenetur in eam, quae mandatô comprehensa fuerit. *Secundò*, ex *L. hactenus.* 11. §. 1. *D. de pecun. constit.* ubi si quis pro debitore obligato in centum, constituerit se soluturum ducenta, tenetur in centum: At constitutum est quaedam species fidejussionis. *Tertiò*, si quis stipulanti decem promiserit viginti, in decem obligatur; quia majori summae minor inest. *L. 1. §. si stipulanti. 4. D. de verbor. obligat.* Ita igitur fidejussor, qui majorem quantitatem promisit, in debitam quantitatem minorem obligatur, quae majori inesse intelligitur. *Quartò*, quod est utile, non debet vitiari per id, quod est inutile. d. *L. 9. D. de usur.* d. *L. 1. §. 4. D. de verb. obligat.* & *L. si quis argentum. 35. §. ult. C. de donationib.* Igitur promissio debitoris, licèt inutilis sit, in quo excedit debitam

tam quantitatem; utilis esse debet in debitam quantitatem. Non movet in contrariam sententiam Graecorum auctoritas ex Basilicis, imò secundùm eorum lectionem (cui Haloandrina convenit) probatur, fidejussorem in duriorem causam acceptum *οὐ ὅλως*, id est, *non omninò* obligari, seu in totum non obligari. Ex parte igitur obligatur, puta, ad debitam quantitatem, licèt, majorem promiserit.

An L. cui muneris. 12. D. de munerib. & honorib. *intelligenda sit de collatione, vel de cura viae publicae muniendae.*

CAPUT LII.

JAVOLENUS lib. 6. ex Cassio, in L. cui muneris. 12. D. de munerib. & honorib.

CUi muneris publici vacatio datur, non remittitur ei, ne magistratus fiat; quia id ad honorem magis, quàm ad munera pertinet. Cetera omnia, quae ad tempus extra ordinem exiguntur, veluti munitio viarum, ab hujusmodi persona exigenda non sunt.

CUJACIUS in not. ad *lib. 5. sentent. Pauli tit. 6. de interdictis.*

Hujus rei cura mandata est Viocuris, seu curatoribus viarum; à quarum munitione nemo excusatur, nisi qui muneris publici vacationem impetravit. L. cui muneris. D. de munerib. & honorib.

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 2. quaest. Papiniani, in *L. 6. D. de vacat. & excusat. muner.*

Beneficium immunitatis non ita latè interpretamur, quia vetat publica utilitas: hoc quidem beneficiò remissà videntur ea omnia, que à magistratu extra ordinem indicuntur: veluti munitio viarum, *vel aggerum, vel riparum, flumine se effundente*: *quò exemplò utitur* L. 12. D. de munerib.

Et ad lib. 1. Responsor. Papiniani, in *L. 8. §. qui muneris. D. de vacat & excusat. muner.*

Rescriptô Principis specialiter certae personae datâ vacatione publici, & civilis muneris, videntur tamen remissa munera extraordinaria, quae ex improviso ad tempus inducuntur; ut munus muniendae, vel *sternendae viae militaris*, L. cui muneris. *sup.* tit. prox. L. 6. hoc tit.

MERILLIUS.) Titius obtinuit à Principe vacationem, seu immunitatem munerum publicorum: ait Javolenus, nihilominùs Titium posse eligi magistratum; puta, magistratum municipalem, sive Duumvirum, qui juri

juri dicundo praesit in municipio. Et rationem affert; quia magistratus potiùs est honor, quàm munus: & honorem sustinenti munus imponi non potest; munus sustinenti honor deferri potest. *L. honorem* 10. *sup. hoc tit.* Atque ita Philostratus in *Phavorino* refert, eum patriae sacerdotem renunciatum fuisse: cùm tamen Philosophi, & Sophistae haberent munerum personalium, corporalium, vacationem; & eorum, quae extra ordinem indicebantur. *L.* 6. §. 7. *D. de excusat. tutor. & curator.* & quorundam munerum patrimonii; ut recipiendi hospitis. *L. ab his.* 10. & *L. sunt munera.* 11. *D. de vacat. & excusat. muner.* & *L. ult. C. de professorib. & medic.* Sed dubitationis est, an quod Javolenus subjicit in hac *L.* 12. de munitione viarum, referendum sit ad collationem viae muniendae, vel ad curam viae muniendae; quae multùm differunt. Cura viae muniendae munus est personae. *L.* 1. §. 2. & *L. munerum.* 18. §. *Irenarchae.* 7. *sup. hoc tit.* Collatio viae muniendae munus est patrimonii, non personae. *L. honor.* 14. §. 2. *D. eod.* Cujacius in *not. ad lib.* 5. *sentent. Pauli. tit.* 6. *de interdict.* hanc *legem* 12. intelligit de collatione viae muniendae, à qua neminem excusari ait: eaque mens est Pauli, d. *tit.* 6. *de interdictis*, ut nemo à viarum munitione exceptus sit, id est, à collatione viae muniendae. Idem Cujacius *lib.* 2. *quaest. Papin. in L.* 6. *D. de vacat. & excusat. muner.* & ad *lib.* 1. *Responsor. Papin. in L.* 8. §. *quia. D. eod. tit.* hanc *L.* 12. intelligit de cura viae muniendae, quae non debet ab eo exigi, cui vacatio munerum data est. Et haec interpretatio magis convenit verbis Javoleni; quia collatio viae muniendae munus est patrimonii, à quo nemo exceptus est. Paulus d. *tit.* 6. *L.* 3. *C. Theodos. de itiner. muniend.* nullique privilegium immunitatis, hujus muneris tribuit excusationem. d. *L.* 11. *D. de vacat. & excusat. muner.* Praeterea collatio viae muniendae munus est ordinarium, quod pro modo possessionum cuique indicitur: Cura viae muniendae est munus, quod extra ordinem imponitur; puta, viae militaris ad transitum exercitûs, vel ut aggeres flumine inundante muniantur. Et hoc munus, seu cura viae muniendae, remittitur iis, qui vacationem publici muneris impetrarunt: ut & alia munera, quae extra ordinem exiguntur. Non tamen iis remittitur munus, seu collatio viae muniendae. Atque ita necesse est, ut haec *L.* 12. intelligatur de cura, non de collatione viae muniendae: quia illa non exigitur impetratâ vacatione munerum; haec autem nulli remittitur.

De verbo detestationis in L. detestatio. 40. D. de verbor. significat.

CAPUT XLIII.

ULPIANUS lib. 56. *ad Edictum, in L. detestatio.* 40. *D. de verbor. signif.*

DEtestatio est denunciatio facta cum testatione.

CUJACIUS ad tit. de verbor. significat. in *L. subsignatum*. 39. §. *detestari*.

Cum in hac L. 39. *Paulus dicat, detestari esse absenti* denunciare, testatò scilicet, & prodere sacra, ut ea suscipiat, & faciat: *vel quid heres sit defuncti, vel quid ex legato tantam partem bonorum ceperit*. Et postea: *Et ita detestari in* 12. Tabul. *accipitur pro absenti denunciare cum testatione*, L. 238. *inf.* hoc tit. *quae est ex libris ad* 12. Tabul.

Idem CUJACIUS aliter ad lib. 5. sentent. Pauli, tit. 6. de interdict.

Verùm ne quid omittatur, ideo & interpretatione edicti de vi bonorum raptorum, *quid sit detestatio, Ulpianus explicat*; quòd vis sit, etiam si quid contra detestationem fiat, L. 1. §. & si contra. D. quod vi, aut clam. *Quô positô, consequens erat, detestatio quid esset, ostendere*.

MERILLIUS.). Duplicem affert interpretationem detestationis: & in *L.* 39. *de verb. signific.* ait, detestationis verbum, quod est in *L.* 40. *eod. tit.* pertinere ad sacrorum detestationem: de qua Gellius *lib.* 6. *cap.* 12. ubi refert, Servium Sulpicium libros scripsisse de sacris detestandis. Putaş quomodò testatores, cùm testamentum facerent, sacra detestari deberent, id est, testatò denunciare heredibus, ut sacra, quae in familia fieri solerent, retinerent, neque ea interire sinerent: & quibus ritibus, & cerimoniis, quibusve sumptibus ea procurarent. Eamque interpretationem detestationis suadere potest, *L. plebs*. 238. §. *detestatum*. *D. de verb. signific.* ex *lib.* 6. *Gaii ad leg.* 12. *Tabul.* quasi denunciatio ista sacrorum fieret ex 12. Tabulis. Idem Cujacius in *not. ad lib.* 5. *sentent. Pauli, tit.* 6. *de interdict.* & in *notis Digestorum ad tit. de verbor. signific.* in hac *L.* 40. ait, detestationem esse denunciationem factam cum testatione, ut interpretatur Ulpianus in interdicto *Quod vi, aut clam*. *L.* 1. §. *sed & si contra. D. quod vi, aut clam*. Et quidem verius est, detestationem in hac *L.* 40. non specialiter pro sacrorum detestatione; sed generaliter pro qualibet denunciatione accipi oportere, quae fieret testatò, seu testibus praesentibus; ut quis docere posset, se vim passum esse. *L.* 2. §. 1. *D. vi bonor. raptor.* quae jungenda est cum hac *L.* 40. ex eodem *lib.* 56. *Ulpiani ad Edictum*. Neque profectò Ulpianus in hac *L.* 40. ad sacrorum detestationem respicere voluit; Tum quia modos jam olim JCti invenerant, quibus sacra hereditaria interirent, ut auctor est M. Tullius pro *Murena*: Tum quia, ut testamentum fiebat calatis comitiis, ita & sacrorum detestatio. Gellius *lib.* 15. *cap.* 27. At temporibus Ulpiani testamentum calatis comitiis fieri desierat. Ulpianus *lib. sing. Regul. tit.* 20. *de testament.* Igitur & sacrorum detestatio iisdem temporibus abolita. Atque ita Ulpianus in hac *L.* 40. ad sacrorum detestationem respicere non potuit.

Finis Variantium interpretationum ex Cujacio, in libris Digestorum.

EMUN-

EMUNDI MERILLII JC. EX CUJACIO

LIBER SECUNDUS,

Seu Variantium interpretationum CUJACII ex Libris Codicis.

An Praesides Provinciarum potuerint de causa status cognoscere.

CAPUT PRIMUM.

IMPP. SEVERUS, & ANTONINUS in L. 1. C. de ordine judicior.

ADITE Praesidem Provinciae, & ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete; neque enim impedit notionem ejus, quòd status quaestio in cognitionem vertitur; etsi super status causa cognoscere non possit. Pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat.

CUJACIUS in paratit. C. ad *tit. Ubi cauſ. ſtat. ag. deb.*

Exigit cauſa ſtatûs maximos judices . L. ult. hoc tit. *majores judices*; L. non diſtinguemus . §. de liberali. D. de recept. *adeo ut nec pedaneis delegari poſſit, aut compromiſſariis* . Quin & Praeſidum olim de ſtatu cognitio non fuit. L. 1. *ſup.* de ord. judicior.

Et ad lib. 22. Quaeſt. Papiniani , in *L.* 4. *D. ſi ingenuus eſſe dicetur.*

Ait , *non quoſcunque Praeſides , ſed tantùm Proconſules potuiſſe cognoſcere.*

Idem GUJACIUS aliter in Recitationib. ad *tit. C. de reb. credit. & jurejurand. ad L.* 6.

Caeterùm ſi in quaeſtionem hereditatis , cui arbiter eſt datus, quaeſtio ſtatûs ingenuitatis inciderit; Tum arbiter delegatus etiam de eo cognoſcet; quòd incidat quaeſtio, non etiam principaliter cognoſcat , ut L. 3. *ſup.* de judiciis, L. 1. de ord. judicior. *ubi quod ait* L. 1. docete , *interpretandum eſt* , judicem à praeſide datum : alioqui lex diceret hoc , Praeſidem non poſſe cognoſcere de cauſa ſtatûs.

Et in not. Cod. ad *L. 1. C. de ordin. cognit.* idem ſentit.

MERILLIUS .) Praeſides in quibuſdam cauſis ipſi cognoſcebant ; in aliis judices dabant, qui cognoſcerent. Et de quibus cauſis ipſi debebant cognoſcere, non poterant judices delegare, *L. ſaepe.* 8. *D. de offic. Praeſid.* Dubium autem eſt , an haec *L.* 1. intelligi debeat de Praeſide provinciae, quaſi de cauſa ſtatûs cognoſcere non potuerit; vel de judice dato à Praeſide provinciae. Gujacius in *parat. C. ad tit. Ubi cauſ. ſtat. agi deb.* & in *recitationibus ad lib.* 22. *Quaeſt. Papiniani* , in *L.* 4. *D. ſi ingen. eſſe dicat.* ait, Praeſidem non potuiſſe de cauſa ſtatûs cognoſcere ; id eſt , de cauſa libertatis, aut ſervitutis ; de cauſa ingenuitatis , aut libertinitatis. Idque probat ex hac *L.* 1. quaſi intelligi debeat de Praeſide provinciae : & diſertim ait, eum non poſſe de cauſa ſtatûs cognoſcere , niſi incidenter. Id etiam probat ex Plinii *lib.* 10. *Epiſt.* 77. ubi Plinius ait, conceſſum fuiſſe quodam SCto tantùm Proconſulibus , qui Proconſulares provincias regunt, non aliis rectoribus provinciarum , ut de hujuſmodi cauſis cognoſcerent. Sicque intelligit d. *L.* 4. *D. ſi ingen. eſſe dicat.* ut ad Proconſules tantùm , non ad alios Praeſides , ſeu rectores provinciarum referatur. Et ut Conſules Romae de hujuſmodi cauſis cognoſcebant , *L. Divi, L.* 27. *D. de liberal. cauſ.* Ita & Proconſules in provinciis , non alii Praeſides. Idem Cujacius in *recitat. C. ad tit. de reb. credit.* in *L.* 6. & in *not. C. ad hanc L.* 1. eam accipit de judice dato à Praeſide provinciae, qui non potuit de cauſa ſtatûs , niſi incidenter , cognoſcere : alioqui ſi intelligeretur de Praeſide provinciae , id falſum eſſet . Et quidem iſtae cauſae majores judices habere debent , *L. non diſtinguemus.* 32. §. *de liberali. D. de recept. qui arbit. receper.* maximos judices , *L. ult. C. Ubi cauſ. ſtat. ag. deb.* At Praeſides in provinciis ſunt majores judices , & majus imperium habent poſt Principem . *L.* 4. *D. de offic. Praeſid.* & ſi Romae cognitio fuerit Conſulum de cauſa ſtatus , Praeſides omnia magiſtratuum munia, & ipſorum Conſulum , in provinciis ſuſtinebant . *L.* 9. & *L.* 10.

D. de

D. de offic. Praesid. & si Praesides in provinciis de hujusmodi causis cognoscere non potuerint, nulli alii cognoscere potuerunt. Denique Praesides de causa status cognoscere potuisse, manifestò probatur ex d. *L.* 4. *D. si ingen. esse dicat. L. penult. C. Ne de stat. defunctor. L. 1. C. de ord. cognit. L. penult. & ult. C. Ubi caus. stat. ag. deb.* Et hoc magis admitterem. Nec movet, quòd verba hujus *L.* 1. pertineant ad Praesidem provinciae, quae postea referri possunt ad judicem datum à Praeside: etenim truncata fuerunt rescripta Impp. in libris Cod. ut deprehenditur ex collatione legum, quae sunt in Codice Theodosiano, & Justinianeo. Licèt igitur prima verba hujus L. ad Praesidem pertineant, posteriora ad judicem datum referri possunt; qui non potuit de causa status cognoscere, nisi incidenter. *L.* 3. *C. de judiciis.* Non movet etiam Plinii auctoritas, quia SCto id Rectoribus provinciarum concessum fuit, ut de causa status cognoscerent. d. *L.* 4. *D. si ingen. esse dicat.*

An militia in heredes transmitti, vel conferri possit.

CAPUT II.

JUSTINIANUS *in L. Omnimodò 30. §. imputari. C. de inoffic. testam.*

IMputari verò filiis, aliisque personis, quae dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem & illa volumus, quae occasione militiae ex pecuniis mortui iisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est: eo quòd talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad heredes ejus perveniat.

CUJACIUS in Recitationib. D. ad *tit. de Collat. in L.* 1. §. 1.

Ea, quae emancipatus non transfert in heredem suum, quae cohaerent personae emancipati, ea non confert. Quomodò enim possum in alium transferre id, quod in heredem meum transferre non possum? nam quae nobis ita haerent, non possunt à nobis discedere, sine sui interitu. Denique nihil confertur, nisi quod ita possit conferri, ut sit perpetuò penes eum, cui confertur. Ergo ea, quae personae cohaerent, transferri, transmitti, & conferri non possunt. Itaque militia, quae non transfertur, non confertur. L. omnimodò. C. de inoffic. testam. L. penult. C. de collat.

Idem CUJACIUS aliter in Recitationib. C. ad *tit. de collat.* in fin.

Nomine militiae significatur officium palatinum, quod quis exercet in palatio; veluti officium adjutoris, quaestoris: & hae militiae poterant vendi. Et postea: *Distrahi poterant, & transmitti in heredes.*

Et in expositione *tit. D. de minorib. in L.* 3. §. *si quod minori.*

ME-

MERILLIUS.) Hîc agitur de militiis, seu officiis palatinis, quae erant in commercio, & vendi poterant. *L. creditor.* 52. §. *inter.* 2. *D. de act. empt.* & comparari. *L. penult.* §. *ult.* *D. de legat.* 3. & legari. *L. Lucius.* 23. & *L. mortuo.* 49. *D. de legat.* 2. *L. libertis.* 18. §. *ab heredibus. D. de aliment. & cibar. legat.* pignorari, & ad heredes transmitti. *L. ult. C. de pignorib. & hypothec. L.* 5. *C. Qui milit. non poss.* Sed quaestionis est, an militiae hujusmodi, seu officia palatina, in collationem venire debeant. Finge, filio patrem militiam, seu officium palatinum comparasse; postea filium cum fratribus ad successionem patris venire, vel legitimam portionem petere. Quaeritur, an filius militiam, quam pater ei comparavit, coheredibus conferre debeat. Cujacius in *recitationib. ad tit. D. de collat. in L.* 1. §. 2. ait, militiam nec in heredem transmitti, nec venire in collationem; quia militiae jus personae cohaeret. *L.* 3. §. *si quid minori.* 7. *D. de minorib.* At quae personis cohaerent, ad heredes non transeunt. *L. non solùm.* 8. §. *tale.* 3. *D. de liberat. legat.* Idem Cujacius in *recitationib. C. ad Tit. de collationib.* & ad d. *L.* 3. *D. de minorib. in exposit. tit.* ait, militiam in legitimam imputari, & conferri debere; quia & distrahi potuit, & in quemcunque heredem transmitti. Quod magis admitterem: & expressum est in hac *L.* 30. §. *imputari.* d. *L. ult. C. de pignorib. & hypothec. L. si quis.* 12. & *L. ult. C. de proxim. sacror. scrinior.* Non movet, quòd militia dicitur personae cohaerere. d. *L.* 3. §. 7. *D. de minorib.* Nec enim ideo ait Ulpianus, militiam personae filii cohaerere, quasi distrahi, aut pignorari, aut ad alium transferri, ad heredesve transmitti non possit: sed ut probaret, post mortem patris filio acquiri; & restitui posse filium, si consenserit patri, ne legatam militiam peteret. Quaecunque filius acquirit, patri, in cujus potestate est, acquiruntur; adeo ut ne momentô quidem in persona filii substitisse videantur. *L. placet.* 79. *D. de acquir. vel amitt. heredit.* At jus militiae legatae, personae filii cohaeret, ut & non aliis patris heredibus acquiratur.

An in contractu locationis arrha detur.

CAPUT III.

JUSTINIANUS in L. contractus. 17. *C. de fide instrumentor.*

Contractus venditionum, permutationum, vel donationum, quas intimari non est necessarium: dationis etiam arrharum, vel alterius cujuscunque causae, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quas in instrumentis recipi convenit; non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata; & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint. *Et postea*: Illud etiam adjicientes,

cientes, ut in posterum, si quae arrhae super facienda emptione cujuscunque rei datae sint; sive in scriptis, sive sine scriptis, (licèt non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis, non procedente contractu emptionis, fieri oporteat) tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur: & qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis à se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.

CUJACIUS lib. 4. observationum, cap. 26.
Non tantùm in emptione, & venditione; verùm etiam in locatione, & conductione intervenit pretium: arrha autem in emptione tantùm intervenit, non in locatione.

Idem CUJACIUS aliter lib. 11. observationum, cap. 17.
Arrhas dat plerunque emptor venditori; & non impletò contractu culpâ venditoris, arrhas venditor restituit in duplum: condictione ex lege, ut opinor: nam haec poena legitima est; L. contractus. C. de fide instrument. *Non impletò contractu culpâ emptoris, arrhas datas emptor amittit. Non est dispar eorum conditio, sive poena; nam & emptor de suo quod dedit, amittit; & venditor de suo dat tantundem: alterum non dat, sed reddit*: & ita in locatione, & conductione, quae ἀντίστροφος (i. e. *ex adverso respondens*) est emptionis, venditionis, conductor arrham amittit; locator duplum reddit, *lege Rhodiâ, cap.* 19.

MERILLIUS.) Si convenerit inter venditorem, & emptorem, ut contractus venditionis in scriptis redigeretur; Justinianus constituit in hac L. 17. contractum venditionis non priùs perfectum debere intelligi, quàm si instrumentum de ea confectum, in mundum redactum, & à contrahentibus subscriptum fuerit: atque interim licet paenitere. §. 1. *Instit. de empt. & vend.* ubi Justinianus hujusce constitutionis meminit. Subjicit Justinianus in fine, ut si emptor arrhas dederit venditori, & postea velit emptor ab emptione recedere, arrhas amittat: si autem venditor velit recedere, ut duplum restituat emptori. Non est quidem necesse, arrhas in venditione dari; sed dari solent ab emptore venditori, ut ita constet, venditionem esse factam, & de pretio conventum fuisse. L. *quod saepe.* 35. *D. de contrah. empt.* Et si pretium datum fuerit, partem pretii constituit. L. *ult. D. de leg. commissor.* Si quid aliud datum fuerit, ut annulus. L. *ex empto.* 11. §. *is qui vina. D. de actionib. empt.* vel aliud pignus, aut symbolum; id non accedit pretio, sed perfectâ venditione ab emptore repetitur actione ex empto. d. L. *ex empto.* 11. §. *ego.* 6. *D. de actionib. empt.* non vindicatur. L. 3. *C. eod.* Sed quaestionis est, an arrha non modò in contractu venditionis detur, sed etiam in contractu locationis. Cujacius *lib.* 4. *observat. cap.* 26. ait, arrham in emptione tantùm intervenire, non in locatione. Et quidem saepe arrhae datio in contractu venditionis intervenit. d. L. 35. *D. de contrah. empt.* L. 5. §. *item si institor. D. de institor. act.* Et hinc arrhiatores dicti mercatores sub arrhis empturientes, apud Sext. Pompejum *lib.* 1. *de verbor. significat.* Idem tamen

tamen Cujacius *lib. 11. observat. cap. 17.* ait, idem esse in contractu locationis: & probat ex lege Rhodiâ; atque etiam ex Harmenopulo probari potest *lib. 3. tit. 8.* Et quidem verius est, arrham non modò in contractu venditionis; sed & in contractu locationis dari; quia affines sunt isti contractus. *L. 2. D. locat.* Et ut in venditione pretium intervenit; ita etiam in locatione merces, seu pretium. *L. si quis. 10. D. de acquir. vel amitt. poss.* & pars pretii; seu mercedis in conductione dari potest arrhae nomine, ut in emptione. Tum quia in aliis contractibus arrhae dantur, ut in sponsalibus. *L. si quis. 38. D. de rit. nuptiar. L. 3. & L. ult. C. de sponsalib. & arr. sponsalit.* & in aliis sponsionibus. Plinius *lib. 33. natural. histor. cap. 1.*

An Justinianus in L. ult. C. de compensationib. *aliquid novi induxerit.*

CAPUT IV.

JUSTINIANUS in L. ult. C. de compensat.

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nullâ differentiâ in rem vel personalibus actionibus inter se observandâ. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata; sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa fortè, variaque certamina, cum res jam fuerit approbata; tunc ex altera parte, quae jam penè convicta est, opponi compensationem jam certô, & indubitatô debitô, & moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, & non procliviores ad admittendas compensationes existant; nec molli animô eas suscipiant: sed jure strictô utentes, si invenerint, eas majorem, & ampliorem exposcere indaginem; eas quidem alii judicio reservent; litem autem pristinam jam penè expeditam sententiâ terminali componant. Exceptâ actione depositi, secundùm nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperàm occupantibus compensatio non datur.

CUJACIUS lib. 8. observationum, cap. 16.

Tandem constitit inter prudentes, eam ubique ipso jure fieri. d. L. postquàm. *Quod & confirmavit constitutio Severi, id est, Alexandri. L. 4. & 6. C.* de compensationib. *ac deinde constitutio Justiniani.* L. ult. C. eod. in qua & cetera, quae continentur, fuerant jam ante recepta. Et in notis

notis Digest. ad L. 21. D. de compensationib. ait *Justinianum in* L. ult. C. de compensationib. *nihil novi induxisse*.

Idem CUJACIUS aliter lib. 15. observationum, cap. 12.

Debitum, quod deducebat olim justus possessor conventus in rem actione, id veluti compensationis jure, id est, ipso jure rem minuit, quae petitur. L. ult. C. de compensationib. *Atque ita compensatio hodie obstat etiam actioni in rem.* Et postea: *&* in eo tantùm nova est constitutio d. L. ult. *Nam cetera, ut compensatio fiat ipso jure, ut debiti tantùm liquidi, ut non in actione depositi, ut nec detur compensatio, vel deductio malae fidei possessori; constabant etiam jure veteri.*

Idem etiam sentit in paratit. C. ad *tit. de compensationib.*

MERILLIUS.) Cum olim non nisi in bonae fidei judiciis admitteretur ipso jure compensatio, & in strictis judiciis opposita doli mali exceptione; posteà placuit, ut in judiciis strictis, puta, mutuo, stipulatione, compensatio ipso jure admitteretur. *L. cum alter.* 11. & *L. postquàm*. 21. *D. de compensat.* L. 4. & 5. *C. eod. L. ejus.* 7. *C. de solut. & liberationib.* atque etiam ut ex causa dispari fieret compensatio. Paulus *lib.* 2. *sentent. tit.* 5. *de pignorib.* Sed quaestionis est, quid Justinianus novi in *L. ult. C. de compensationib.* induxerit. Cujacius *lib.* 8. *observat. cap.* 16. & in *not. Digestorum, ad L.* 21. *D. de compensationib.* putat, Justinianum nihil novi induxisse: & omnia, quae in ea L. continentur, jam ante Justinianum fuisse recepta. Et quidem ante Justinianum obtinebat, ut debiti non liquidi compensatio non admitteretur. *L. quod in diem*. 7. & *L. quaecunque.* 14. *D. de compensationib.* Nec admittebatur compensatio ex causa depositi. Paulus *lib.* 2. *sentent. tit.* 12. *de deposit.* Nec ante Justinianum in causa momenti, seu momentariae possessionis, potuit admitti compensatio: quia possessio ablata statim, & absque ulla dilatione reformari debuit. *L.* 8. *C. de judiciis. L.* 7. *C. ad leg. Juliam de vi publica, & privat. L. unic. C. si per vim, vel al. mod. absent. turb. fuer. poss. L. si coloni.* 14. *C. de agricol. & censit.* & propterea momentum dicitur, & celeritatis beneficium. L. 22. *C. Theodos. quorum appellat. non recipiant.* Et cùm haec ante Justinianum obtinerent, nihil novi Justinianus constituisse videtur in d. *L. ult.* Idem tamen Cujacius *lib.* 15. *observat. cap.* 12. & in *paratit. C. ad hunc tit.* ait, in hoc novam esse constitutionem Justiniani, ut objici possit compensatio actioni in rem: puta, si Titius convenerit Maevium rei vindicatione, & Titius Maevio aliquid debeat; poterit Maevius objicere compensationem Titio, & possessionem fundi retinere. Quod quidem primùm est Justiniani constitutione inductum, cum antea in actione in rem non admitteretur compensatio: Nec corporis cum quantitate fieret compensatio: puta, si Titius Maevio rem suam commodasset, & Titius pecuniam deberet Maevio; petenti Titio rem commodatam, non poterat Maevius objicere compensationem pecuniae debitae, ut rem commodatam retineret. *L. ult. C. de commodat.* quae rectè sub hoc *tit.* posita est, nec transferenda ad *tit. depositi*: nec lectio immutanda, ut pro *commodato* legatur *commendatum*. At cum Justinianus

actioni in rem compensationem objici posse voluerit; consequens est, ut hodie corporis cum quantitate compensatio admittatur.

An beneficium L. 2. C. de rescind. vendit. *pertineat tantùm ad venditorem, vel etiam trahi debeat ad emptorem.*

CAPUT V.

IMPP. DIOCLETIANUS, & MAXIMIANUS, in L. 2. C. de rescind. vendit.

REm majoris pretii si tu, vel pater tuus minoris distraxerit; humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

CUJACIUS in exposit. *tit. de minorib. ad L. in causae. 16. §. idem Pomponius.*

Trahitur autem d. *L. 2.* etiam ad emptorem; *& ideo emptore fraudatô supra dimidiam, vel pati debet venditor rescissionem venditionis, vel reddere id, quod ex justo pretio superest.*

Et in not. *C. ad L. 2. C. de rescind. vendit.*

Sic & emptori subvenitur, *si dimidio pluris emerit: eâdem datâ electione venditori*. Videtur legendum, *eâdem datâ electione, quae venditori.*

Idem CUJACIUS aliter lib 16. observationum, cap. 18.

Aequum erat subvenire venditori, qui minoris vendidit; quem plerunque necessitas rei familiaris compellit vendere pretio minore. L. 2. 12. & 16. C. de rescind. vendit. L. 1. C. de praed. curial. L. 2. C. sine cens. vel reliq. L. ita ut. §. 1. D. mandat. non etiam emptori ultrò accedenti ad emptionem praedii, *saepe fraudandi causâ: & plerunque ementi pretiô immensô, & immodicâ affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli*. Et posteà. *Inde etiam leges omnes*, L. 2. *&* L. 8. C. de rescind. vendit. *&* L. 1. C. si major fact. alien. rat. hab. *&* cap. 3. *&* penult. de empt. & vendit. *& Novel. Romani senioris, de rescindend. vendit.* venditori tantùm fraudato supra dimidiam justi pretii, dant rescissionem: *nulla opitulatur emptori majori 25. annis, qui fundum iniquissimô pretiô emit.*

MERILLIUS.) Impp. ajunt in hac *L. 2.* venditorem deceptum ultra dimidiam partem justi pretii posse venditionen revocare: nisi emptor, quod deest justo pretio supplere malit. Iustum pretium, est verum pretium, & quanti res communi aestimatione venire posset. *L. pretia. 63. D. ad*

D. ad leg. Falcid. Jure gentium quidem, & naturaliter licet contrahentibus sese invicem decipere. Aristoteles *lib. 4. Eudemior. cap. 2.* in fine: & ex eo nostri auctores retulerunt. Ulpianus *L. in causae. 16. §. ult. D. de minorib.* Paulus *L. item si. 22. §. ult. D. locat.* & propterea Leo magnus *epist. 90.* ait: *Difficile est inter ementis, vendentisque consortium, non intervenire peccatum.* Nec propter modicam deceptionem, seu laesionem revocari debet emptio. *L. res bona. 34. D. de contrah. empt.* Sed Impp. humanitatis ratione venditori immodicè decepto succurrere voluerunt; puta, si deceptus fuerit ultra dimidiam partem justi pretii. Verùm quia in hac L. 2. tantùm agitur de venditore; Quaesitum est, an beneficium rescindendae venditionis, quod hîc venditori conceditur, etiam emptori sit concedendum. Cujacius in *expositione tit. de minorib.* ad d. *L. in causae. 16. §. Idem Pomponius:* & in *notis Codicis* ad hanc L. 2. ait, hanc L. 2. etiam trahi debere ad emptorem; & emptore fraudatô supra dimidiam justi pretii, venditorem pati debere rescissionem venditionis, vel reddere id, quod justum pretium excedit. Et haec fuit sententia Constant. Harmenopuli ex Graecis, *lib. 3. Epitom. tit. 8. §. 44.* & omnium ferè juris civilis Interpretum post Accursium in *L. 6. C. hoc tit.* atque etiam juris Pontificii interpretum, post glossam in *cap. penult. de empt. & vendit.* apud Greg. Qui omnes in hoc consentiunt, ut emptor deceptus ultra dimidiam partem justi pretii, non minùs, quàm venditor, hujusce L. beneficiô uti possit. Quae sententia pluribus rationibus defendi potest: quòd in contractu venditionis sint mutuae praestationes. *L. in emptionibus. 43. D. de pact. L. ex empto. 11. §. 2. D. de act. empt. L. 1. D. de rer. permut.* atque ideo par ratio venditoris, & emptoris esse debeat. Tum quia emptio, bonae fidei contractus, inaequalitatem pati non debet. *L. 3. C. commun. utriusque judic. famil. ercisc. & fin. regund.* At inaequalitas esset, si emptori non concederetur beneficium hujus *leg. 2.* quod venditori conceditur. Praeterea, quòd leges fraudem, seu mendacium venditoris pariter, & emptoris prohibent. Suidas ex *Theophrasto in lib. de legib. in V. κατὰ τὴν ἀγορὰν*, i. e. *in foro*: & non minùs *Venditor emptorem sagaci astutiâ circumvenire potest*; ut est apud Arnulphum Lexoviensem *epist. 35.* quàm emptor venditorem. Idem tamen Cujacius *lib. 16. observat. cap. 18.* & *lib. 23. observat. cap. 32.* ait, hanc L. 2. ad emptorem non pertinere, quod se primum indicasse profitetur d. *cap. 18.* sub finem. Nec desunt rationes, quibus & ista posterior sententia juvari possit: quòd in hac L. 2. & L. 8. *C. hoc tit.* agitur tantùm de venditore; non igitur ad emptorem porrigi debet: & si hoc beneficium Impp. emptori concedere voluissent, id suis constitutionibus expressissent: cùm non expresserint, venditori tantùm concedi debet. Tum quià in *Novella Romani senioris.* & in *cap. 3. & cap. penult. de empt. & vendit.* apud Gregor. agitur tantùm de venditore, quasi id venditori tantùm, non etiam emptori concedi debeat. Denique Impp. in hac L. 2. humanitatis ratione id se venditori concedere profitentur, qui plerunque necessitate rei familiaris cogitur ad venditionem rei suae. *L. ita ut. 36. §. 1. D. mandat. L. non idcirco. 12. & L. si quis. 16. C. hoc tit.* At haec humanitatis ratio

tio cessat in emptore, qui non coactus, sed suâ voluntate accedit ad emptionem. *L. cum postulassem*. 44. §. 1. *D. de dam. infect.* & ideo invidia est penes emptorem, miseratio penes venditorem. Libanius *declamat.* 8. Praeter locos de ea re observatos εὐδαίμων ὠνεῖσθαι δυνάμενος, ὁ δὲ ἄθλιος πωλεῖν βιαζόμενος: *Felix, qui potest emere; infelix, qui cogatur vendere*. Si emptor deceptus fuerit ultra dimidiam partem justi pretii, id potiùs suae stultitiae imputare debet, quàm fraudi venditoris: & quòd calore nimiò ad emptionem accesserit, nec pretium rei satis expenderit. Et hanc posteriorem sententiam magis admitterem; quam & probavimus *lib. 6. observat. cap.* 16. Nec movent prioris sententiae rationes: Nam licèt contractus venditionis, emptionisque sit reciprocus, & sint mutuae praestationes; sunt tamen diversae. Venditor non tenetur rem facere emptoris; emptor nummos tenetur facere venditoris. d. *L.* 11. §. 2. *D. de actionib. empt.* Praeterea, quod dicitur in d. *L.* 3. *C. commun. utriusque judic.* ad alios contractus bonae fidei referendum est, quàm ad contractum emptionis, in quo ista circa pretium inaequalitas jure gentium probata est. d. *L.* 16. §. *ult. D. de minorib.*

An actio praescriptis verbis concurrat cum actione ex vendito; & de interpretatione L. 2. Cod. de pact. inter emptor. & venditor.

CAPUT VI.

IMP. ALEXANDER in L. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. composit.

SI fundum parentes tui eâ lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum, emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur; teque paratô satisfacere conditioni dictae, heres emptoris non paret; ut contractûs fides servetur, actio praescriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habitâ ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

CUJACIUS in recitationib. ad *tit. C. de pact. inter emptor. & vendit. composit.*

Lex commissoria dicitur, si res venierit eâ lege, ut venditori restituatur, pretiô intra certum tempus redditô: ex qua certè est actio ex vendito ad diem pretiô oblato, & obsignato, vel soluto emptori, ex L. 2. quae ait, esse actionem praescriptis verbis, & statim subjicit, *vel ex vendito*. Quibus verbis significat, superfluam esse actionem praescriptis verbis.

Idem

Idem CUJACIUS aliter in recitationib. ad *tit. D. de contrah. empt. in L. Labeo.* 50.

Ex quibus apparet, actionem praescriptis verbis concurrere interdum cum actionibus aliis; ut hîc concurrit cum actione ex vendito. *Simile exemplum est in* L. 2. C. de pact. int. emptor. *in* L. si convenit. *inf.* de rescind. vend.

MERILLIUS.) Titius fundum vendidit Maevio centum nummis, eâ lege, ut quandocunque Titius fundi pretium redderet, Maevius emptor fundum redderet. Hoc pactum appositum contractui formam dat contractui: veluti lex commissoria pactum addictionis in diem; & parit actionem. *L. 7. §. adeo. D. de pact. L. venditor. 13. D. comm. praedior. L. contractus. 23. D. de regul. jur.* Sed quaeritur, quaenam actio venditori adversùs emptorem competat; an actio ex vendito, quasi ex certo contractu; an actio praescriptis verbis in factum, quasi ex contractu incerto. Et de ea re videntur juris auctores dissensisse. Sabiniani dabant actionem ex vendito, ut deprehenditur in *L. 2. §. Sabinus. & §. si in diem. D. pro emptore.* Iavolenus ex ea schola. *L. fundi. 79. D. de contrah. empt.* Iulianus quoque ex eadem schola. *L. ex empto. 11. §. is, qui. 3. D. de actionib. empt.* Et ratio illorum fuit, quòd pactum resolvendae venditionis ita contractui esset appositum, ut formaret actionem ex contractu, & ex eo pareret actionem. *L. 6. §. 1. D. de contrah. empt.* Proculejani contra dabant actionem praescriptis verbis, tanquam ex dubio, & incerto contractu. Proculus in *L. si vir. 12. D. de praesc. verb.* ut & aliàs Proculejanos, dubitationis tollendae gratiâ, actionem praescriptis verbis dare maluisse observavimus. Ratio istorum fuit, quòd pactum contractui venditionis appositum, ut ipsam resolveret, videbatur aliud genus contractûs facere; cùm res vendita ex natura contractûs apud emptorem manere debeat. *L. cum manu. 80. D. de contrah. empt.* Videbatur, aliud negotium gestum esse, & agi non posse ad rescindendam venditionem actione ex vendito. d. *L. 6. §. 1. D. eod. tit.* Tam probabiles utrimque rationes erant, ut Imp. in specie hujus *leg. 2.* actionem praescriptis verbis secundùm Proculejanos, vel actionem ex vendito secundùm Sabinianos, concesserit. Cujacius in *recitationib. C. ad hunc tit.* aic his verbis, *vel ex vendito*, significari superfluam esse actionem praescriptis verbis: ut ex ea agi non debeat, sed potiùs actione ex vendito. Movetur, quòd actio praescriptis verbis non aliter datur, quàm cùm alia actio deficit. *L. Quotiens. 21. D. de praescript. verb.* Si igitur actio ex vendito competit, actio praescriptis verbis dari non debet. Tûm quia, contractâ venditione sub lege commissoria, Impp. rescripserunt, decisam esse quaestionem utriusque scholae, & ex vendito agi posse. *L. 4. D. de leg. commissor.* jam igitur actione praescriptis verbis agi non debet, cum ex vendito agi possit. Idem tamen Cujacius in *recitationib. ad tit. D. de contrah. empt.* in *L. Labeo. 50.* utrâque actione agi posse existimat. Quod magis admitterem; & Imp. utriusque scholae sententiam conjungere voluisse. Et ita Cujacius *tract. 2. ad Africanum*, in *L. filiosfamilias. 23. D. de mort. caus.* *dona-*

donationib. existimat, conjunctam fuisse utriusque scholae sententiam, ut daretur condictio ob rem dati, vel utilis in rem actio ad revocandam donationem, si donatorem poenituisset. Tum quia, actio praescriptis verbis potest concurrere cum actione ex vendito. *L. Labeo.* 50. *D. de contrah. empt.* & cum aliis actionibus. *L. si convenit.* 23. *D. comm. divid.* Non movet in contrarium d. *L.* 21. *D. de praescript. verb.* quia non datur actio praescriptis verbis, cùm certa, & tuta actio competit: at cùm dubius est contractus, dubitationis tollendae gratiâ, datur actio praescriptis verbis. *L. si gratuitam.* 17. *L. si apud.* 18. & *L. apud* 20. §. 1. *D. eod. tit.* Non movet etiam d. *L.* 4. *D. de leg. commissor.* quae ita debet intelligi, ut praeter actionem praescriptis verbis, etiam ex vendito agi possit. Et ita utraque actio datur in d. *L.* 23. *D. comm. divid.* quae jungenda est cum d. *L.* 4. *D. de leg. commiss.* ex eod. *lib.* 32. *Ulp. ad edictum.*

An tutor levem, vel levissimam tantùm culpam praestare debeat.

CAPUT VII.

IMPP. DIOCLETIANUS, & MAXIMIANUS, in L. 7. C. arbitr. tutel.

QVicquid tutoris dolô, vel latâ culpâ, aut levi, seu curatoris, minores amiserint; vel cùm possent, non acquisierint: hoc in tutelae; seu negotiorum gestorum utile judicium venire, non est incerti juris.

CUJACIUS in recitationib. ad *tit. de reg. jur. in L. contractus* 23.
Nunc sic statuamus: in tutela, mandato, gesto, commodato, levissimam culpam venire: nam exigitur exactissima diligentia. L. 9. 11. 13. C. mandat. §. 1. Inst. de oblig. ex quasi contract.
Idem CUJACIUS aliter in paratit. *C. ad tit. arbitr. tutel.*
Quae sunt scripta de actione tutelae, trahuntur ad utilem actionem negotiorum gestorum, quae competit administratoribus, curatoribus. Et postea: *Quicquid dolô, vel latâ culpâ, aut levi eorum, qui negotia gesserunt, minores amiserunt, vel non acquisierunt. d. L. 7.*

MERILLIUS.) Alia culpa est lata, seu magna, alia levis, alia levissima. Lata culpa est dissoluta negligentia. *L. si fidejussor.* 29. *D. mandat.* manifesta negligentia. *L.* 2. *C. arbitr. tutel.* Et haec lata, seu magna culpa dolo comparatur. *L.* 1. §. 1. *D. si mens. fals. mod. dixer.* dolo est proxima, *L. quaesitum est.* 8. §. 3. *D. de precario.* Imò & dolus est, *L. magna.*

gua. 226. *D. de verbor. significat.* Latae culpae exemplum est, si quis talem rebus alienis diligentiam non adhibeat, qualem rebus suis adhibere solet. *L. quod Nerva.* 32. *D. deposit.* Non scire, quod omnes sciunt, vel intelligunt. *L. latae.* 223. *D. de verbor. significat.* Levis culpa est, non facere, quod bonus paterfamilias faceret; non adhibere talem diligentiam, qualem ceteri rebus suis adhibere solent; seu ad eum modum, quem natura hominum desiderat. d. *L.* 32. *D. deposit.* & cùm dicitur, aliquem de culpa teneri, levis culpa debet intelligi. Levissima culpa est, non facere, quod diligentissimus paterfamilias faceret. *L. si merces.* 25. §. *qui columnam. D. locat.* Is, qui tantùm de lata culpa tenetur, tantùm praestare debet dolum, non diligentiam; is, qui de levi culpa tenetur, praestare debet diligentiam; is, qui de levissima culpa tenetur, praestare debet exactam, seu exactissimam diligentiam. Ex natura autem contractuum, aliter atque aliter culpa praestari debet. In quibusdam contractibus lata tantùm culpa, seu dolus praestatur. *L.* 7. §. *illud. D. de pactis. L.* 1. §. *illud. D. deposit.* & in precario, d. *L.* 8. §. 3. *D. de precar.* Levis culpa praestatur in contractibus, qui gratiâ utriusque fiunt, dantis, & accipientis: in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in commodato, pignore, emptione, locatione, dote. *L.* 5. §. 2. *D. commodat.* Modestinus *lib.* 2. *differentiarum*, in *collat. leg. Mosaic. tit.* 10. in ceteris partibus hanc regulam custodiri ait, Levissima culpa praestari debet in commodato, quod fit tantùm gratiâ accipientis. d. *L.* 5. §. 2. & *L. in rebus.* 18. *D. commodat.* & in mandato, & in negotiorum gestione: nam procurator omnem culpam praestare debet, id est, levem, & levissimam. *L. à procuratore* 13. *C. mandat.* & negotiorum gestor exactam diligentiam. Paulus *lib.* 1. *sentent. tit.* 4. vel exactissimam. §. 1. *Institut. de obligat. quae quasi ex contract.* Sed quaeritur, an tutor pupilli, vel curator adolescentis, de levi tantùm culpa teneatur; vel etiam de levissima. Cujacius in *recitationib. ad tit. de regul. jur.* ait, tutorem de levissima culpa teneri, ut commodatarium, negotiorum gestorem; nec tamen probat. Fortasse movebatur, quòd tutor sit veluti procurator pupilli, & curator veluti negotiorum gestor: at illi tenentur de levissima culpa. Idem verò Cujacius in *paratit. C. ad hunc tit. arbit. tutel.* ait, tutorem tantùm de levi culpa teneri; quod probat ex hac L. 7. Et verius est, tutorem tantùm de levi culpa teneri, & curatorem: quia tutor, & curator talem rebus pupilli, & adulti diligentiam adhibere debent, qualem rebus suis solent. *L. à tutoribus.* 35. *D. de administrat. & pericul. tutor. L.* 1. in princip. *D. de tutel. & rationib. distrahend.* Sufficit tutori talem diligentiam rebus pupillaribus adhibere, qualem ipse, vel diligens paterfamilias rebus suis adhibet. Licèt autem procurator, & negotiorum gestor de levissima culpa teneantur; non tamen dicendum est, tutorem, & curatorem pariter teneri: quòd mandatarius, seu procurator, & negotiorum gestor, sponte suscipiunt negotiorum gestionem; at tutoribus, & curatoribus invitis administrationis officium imponitur. *L. tutori* 20. *C. de negot. gest.* Quòd si tutor sponte se administrationi obtulerit, oblatâ satisdatione, cùm plures essent tutores dati testamentò; diligentiam exactam praestare debet. *L. qui in-*

juriae.

juriae. 53. §. 2. *D. de furt.* Igitur tutores, & curatores eo casu de levissima culpa tenebuntur.

An usurae legatorum, vel fideicommissorum ex mora, aut lite contestata debeantur.

CAPUT VIII.

IMPERATOR GORDIANUS in L. *ult. C. de usur. & fructib. legator. seu fideicommiss.*

IN legatis, & fideicommissis, fructus post litis contestationem, non ex die mortis, consequuntur; sive in rem, sive in personam agatur.

CUJACIUS ad lib. 6. Quaestionum Papiniani, in L. 2. *D. de usur. & fructib.*

An, dices, fructus legatorum, vel fideicommissorum praestari ex die mortis ante moram? Minimè; sed ut usurae legatorum, & fideicommissorum, ita & fructus praestantur tantùm ex mora, hoc est, ex litis contestatione: non ex mora, si quae antecesserit litis contestationem, *ut ostendit* L. 3. hoc tit. L. ult. C. de usur. & fructib. legator.

Idem CUJACIUS aliter in paratit. C. ad *tit. de usur. & fructib. legator. seu fideicommiss.*

Nec tamen inficior, quin & si ratio morae coargui possit ex mota controversia instanti, atque continua, antequàm ad judicem eatur, & lis apud eum contestetur; ex eo tempore sit habenda ratio usurarum, & fructuum. Nam ut in SCto Adriano, quod scriptum est de lite contestata, facilè trahitur ad motam controversiam, L. sed & si lege. §. si ante. D. de petit. hered. *Ita constitutiones hujus tit. quae loquuntur de lite contestata, trahi concedo ad controversiam motam: & ita constituo, ex lite contestata, vel controversia mota, legatariis, aut fideicommissariis moram fieri.*

Et in not. Cod. ad hunc tit.

Mora fit & ante litem contestatam per interpellationem. L. 36. §. ult. D. de legat. 1. L. 3. D. de usur.

Idem CUJACIUS lib. singul. de praescriptionib. cap. 18.

Reliquorum legatorum usurae, & fructus ex tempore morae debentur, si fuerint per damnationem: vel ex tempore aditionis, si per vindicationem; non ex tempore mortis testatoris. L. ult. C. de usur. legator.

MERILLIUS.) Testator fundum legavit Titio; Titius petiit fundum à Maevio herede; heres moram fecit, & secum litem contestari passus est. Quaeritur, an Maevius heres fundi fructus restituere debeat. Cujacius ad

lib.

lib. 6. Quaest. Papiniani, in *L. 2. D. de usur.* ait, usuras, & fructus legatorum, & fideicommissorum praestari tantùm ex mora, hoc est, ex litis contestatione; non ex mora, quae antecesserit litis contestationem. Quod probat ex hac *L. ult.* & *L. 3. D. de usur.* & adhuc probari potest ex *L. quaesitum est. 91. §. ult. D. de legat. 1.* Tùm quia actiones ex testamento sunt stricti juris; & in judiciis strictis fructus veniunt tantùm post litem contestatam. *L. videamus. 38. §. si actionem. 4. D. de usur.* Idem Gujacius in *paratit. Cod.* & ad *h. tit.* ait, usuras, & fructus in legatis, & fideicommissis venire non tantùm à lite contestata, sed à controversia mota, quae praecedit litis contestationem. *L. sed & si. 25. §. si ante 5. D. de heredit. petit.* & in *notis C. ad h. tit.* ait, venire post moram. Idem Gujacius in *lib. singul. de praescript. & termin. cap.* 18. distinctionem adhibet inter legatum vindicationis, & damnationis; ut usurae veniant in legato vindicationis à die aditae hereditatis; & in legato damnationis, ex die morae. Quam distinctionem non probat, nec satis probari potest; quia legatum vindicationis peti poterat actione in rem, vel actione in personam. *L. quod legatur. 38. D. de judic. L. hujusmodi. 84. §. ult. D. de legat. 1.* legatum damnationis, tantùm actione in personam. *L. duos 14. D. de usu. usufr. & redit. legat.* At nulla differentia constituitur in hac *L. ult.* sive in rem, sive in personam actum fuerit. Verius autem existimo, usuras, & fructus in legatis, & fideicommissis venire ex mora: & probari potest ex *L. cum servus. 39. §. fructus. D. de legat. 1.* & *L. Titia. 87. §. usuras. D. de legat. 2.* Paulo *lib. 3. sentent. tit. ult. ad leg. Falcid.* Licèt enim actiones legatorum, & fideicommissorum sint stricti juris, tamen quoad usuras, & fructus attinet, bonae fidei judiciis comparantur. *L. usurae. 34. D. de usur. L. in minorum. 3. C. in quib. caus. in integ. restit.* Quod verò dicitur, usuras, & fructus in legatis, & fideicommissis tantùm venire ex lite contestata; *L. 1. 2.* & *L. ult. h. tit.* ideo dicitur, quia lite contestatâ certiùs mora facta deprehenditur. Disertim Paulus ait, venire ex mora. d. *tit. ult. ad leg. Falcid.* At mora praecedit litis contestationem in judicio, *L. 3. D. de usur. & fructib.* si instantia legati petendi facta sit; si legatarius heredem extra judicium interpellaverit. Atque ita verius est, usuras, & fructus venire in legatis, & fideicommissis ex die morae, quàm ex lite contestata, aut controversia mota.

An heres potuerit remittere Falcidiam, ante constitutionem Iustiniani, in L. ult. Cod. ad legem Falcid.

CAPUT IX.

JUSTINIANUS in L. ult. C. ad leg. Falcid.

CUm certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis Fal-

cidiae praetendentem, repetitione uti; quia videtur voluntatem testatoris sequi: jubemus hoc simili modo firmum haberi, etsi cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu; id est, sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit; aequitatis ratio similia suadere videtur.

CUJACIUS in exposit. *Novellae primae.*

Post mortem testatoris non constabat olim, sed hodie constat, ex constitutione Justiniani valere conventionem, ne heres Falcidiâ utatur.

Idem CUJACIUS Consultat. 59.

Dixi, non valere conventionem, quae expugnat jus publicum; & portiones, quae legibus, aut moribus deferuntur, nullâ cautione onerari posse. L. si patronus, *in princip.* D. de donationib. Quod obtinuit etiam in Falcidia debita heredi extraneo, ante constitutionem Justiniani, L. ult. C. ad leg. Falcid.

Idem CUJACIUS aliter in Recitationibus ad lib. 13. Responsf. Papiniani, in *L. quod bonis.* 15. §. 1. *D. ad leg. Falcid.*

Si post mortem fratris idem promisisset, se non usuram Falcidiâ; vel si contra faceret, daturam certam pecuniam poenae nomine; committeretur stipulatio. L. quod quis. *inf.* h. tit. L. ult. C. eod. tit. L. si patronus. §. 1. D. de donat. *Et ratio haec est, quòd unicuique licet de commodo suo detrahere.* Ergo heredi licet non uti Falcidiâ, cùm ea locum habet (*ita videtur legendum*) puta post mortem testatoris. Lex Falcidia heredis causa data est. *d.* L. potest. hoc tit. ergo heres eâ non uti potest.

MERILLIUS.) Si heres institutus, cum sciret legi Falcidiae locum esse, sponte integra legata solverit, non habet legatorum repetitionem: quia voluntati testatoris parêre voluisse intelligitur. *L. 5. §. si quis rogatus, D. de donationib. inter vir. & uxor. L. qui totam. 45. D. ad SCtum Trebellianum. L. error. 9.* & *L. ult. h. tit.* & quia sciens, volensque donasse intelligitur, quod retinere poterat. *L. cujus. 53. D. de regul. jur.* Sed finge, heredem institutum cavisse legatariis, se beneficiô legis Falcidiae non usurum; an integra legata solvere tenebitur? Justinianus in hac *L. ult.* ait, id veteribus legibus in ambiguitatem deductum fuisse: quod & deprehenditur in *L. si patronus. 20. §. 1. D. de donationib.* ubi Marcellus fortè putaverat, heredem non posse remittere quartam sibi debitam ex lege Falcidia; ut nec patronus potest remittere legitimam portionem sibi debitam ex lege Julia, & Papia. Ratio illius fuit, quòd jus publicum versatur in legibus. *L. 3. D. qui testam. facere poss.* At jus publicum nec privatorum testamentis mutari potest. *L. nemo. 55. D. de legat.* 1. nec privatorum pactis. *L. jus publicum. 38. D. de pact. L. nemo. 20. D. de religios. & sumptib. L. ult. D. de suis, & legitim.* Considerabat jus publicum in lege Falcidia, quatenus publicè interest, testamenta non fieri irrita: & ideo lex Falcidia quartae deductionem ex legatis heredi concesserat; & SCtum Pegasianum ex fideicommissis, ut ad hereditatem adeundam invitaretur. *§. sed quia. Instit. de fideicommiss. hered.* Considerabat etiam

jus

jus publicum in lege Julia, & Papia, quatenus publicè interest, patronis reverentiam exhiberi, & debitam portionem legibus servari. d. *L.* 20. *D. de donationib.* Alii putabant, heredem, cum cavisset se beneficiô legis Falcidiae non usurum, ex sua promissione teneri, & quartam ex legatis non posse detrahere. Et in ea sententia fuit Ulpianus, *L. qui quod.* 46. *D. ad leg. Falcid.* Paulus *L. potest.* 71. *D. eod.* Maecianus de SCto Pegasiano, *L. fideicommissum.* 62. *D. de condict. indeb.* Ratio istorum fuit, quòd unicuique liceat contemnere ea, quae pro se introducta sunt, & renunciare juri suo. *L. si judex.* 41. *D. de minorib. L. penult. C. de pact.* At gratiâ heredis constitutum fuit, ut quartam ex legatis detraheret. d. *L.* 71. *D. ad leg. Falcid.* Considerabant isti non jus publicum, sed privatam utilitatem, seu commodum rei familiaris; quod adversùs leges, & edicta Praetorum pactô remitti potest. *L. jurisgentium.* 7. §. *si paciscar. D. de pact.* Cujacius eam dubitationem inter juris auctores agnoscit in *expositione Novellae* 1. sed aliàs utramque sententiam secutus est; primam, *consultat.* 59. ubi ait, ante constitutionem Justiniani heredem in hac *L. ult.* non potuisse quartam lege Falcidiâ debitam cautione remittere. Secundam, ad *lib.* 31. *Respons. Papiniani* in *L. quod bonis.* 15. §. 1. *D. ad leg. Falcid.* ubi ait, heredem, quartam Falcidiam cautione posse remittere, quòd ejus causâ data fuerit. Et quidem utraque sententia ante Justinianum suos habuit auctores: sed magis receptum fuisse videtur, ut heres posset cautione quartam legis Falcidiae remittere, & cavere se lege Falcidiâ non usurum. Et hoc ut magis receptum Justinianus probavit, ut in plerisque aliis decisionibus. Et quidem si heres potuit adversùs legem Falcidiam integra legata solvere, ita potuit Falcidiam cautione remittere; eadem enim ratio solutionis, & remissionis.

An omnes differentiae legatorum sublatae fuerint à Justiniano.

CAPUT X.

IUSTINIANUS *in L. unic.* §. *ubi autem.* 11. *C. de caduc. tollend.*

NOs autem omnimodô repellimus, unam omnibus naturam legatis, & fideicommissis imponentes; & antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.

CUJACIUS in parat. C. ad *L. unic. C. de caduc. tollend.* sub finem.

Pars quoque collegatarii collegatario accrescit, si disjuncti fuerint, ex hac constitutione; sublatâ hac in re veteri differentiâ legatorum per damnationem, & per vindicationem. Itemque si conjuncti fuerint per vindicationem.

L. si duobus. §. ult. L. legatum. §. 1. L. planè. §. si duobus: D. de legat. 1. L. si servo. D. de statuliber. *At non etiam si conjuncti fuerint per damnationem*. L. 7. D. de legat. 2. L. si duobus, *in princ*. L. hujusmodi. §. si Titio. L. planè. §. si conjunctim. D. de legat. 1. Quam differentiam legatorum non invenio esse sublatam.

Idem CUJACIUS aliter in not. ad Ulpianum *tit*. 24. *de legat*. in verbo, *si per damnationem*.

Hinc verò apparet, L. conjunctim. de legat. 3. *de legato vindicationis*, L. planè. §. si conjunctim. de legat. 1. *de legato damnationis accipiendam esse*. *Sed hoc ideo in eis locis suppressum est*, quòd jam sublatae essent à Justiniano legatorum differentiae: *non tamen ita ab iis locis sublatae sunt, ut haec manifestò non supersint hujus differentiae vestigia*.

MERILLIUS.) Inter diversa genera legatorum erant complures differentiae, ex quibus unam Justinianus attigit in hoc §. *ubi autem*. 11. *L. unic. C. de caduc. tollend*. puta, si duobus eadem res per vindicationem legata fuisset, concursu partes faciebant. L. 1. §. *interdum*. & L. 3. *D. de ususfr. accresc. L. coheredi*. 41. §. *coheres. D. de vulg. & pupill. substitut*. solidum cuique ab initio relictum esse intelligebatur: altero concurrente, scindebatur inter eos legatum; non concurrente, pars collegatario, seu conjuncto accrescebat. Si verò duobus eadem res disjunctim per damnationem legata fuisset, in hoc legato non concurrebant; neque deficiente altero inter eos fuit jus accrescendi; sed cuique totum debitum erat; eique res debebatur, qui primus legatum petere occupasset; alii debebatur aestimatio rei. Gajus in *fragmentis Institut. lib*. 2. *tit*. 6. & vestigium est. in *L. duos*. 14. *D. de us. ususfr. & redit. legat. L. Titiae*. 36. §. *ult*. & *L. filiusfamilias*. 114. §. *ult. D. de legat*. 1. & Justinianus in hoc §. *ubi autem*. istam differentiam, quae erat inter legata vindicationis, & damnationis, intelligit. Plures alias differentias inter hujusmodi legata alibi observavimus. Sed quaeritur, an omnes istae differentiae legatorum hodie sublatae fuerint constit. Iustiniani in *L*. 2. *C. Com. de legat*. & in hoc §. *ubi autem*. Cujacius in *paratit. C. ad h. tit*. sub finem ait, non esse sublatam differentiam, quae erat circa jus accrescendi, in legato vindicationis, & damnationis: neque alias differentias, quae inducuntur ex voluntate testatoris. Tum quia si Justinianus istas differentias tollere voluisset, tam manifesta earum vestigia in Pandectis non reliquisset: siquidem in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescit. *L. si duobus*. 16. §. *ult*. & *L. planè*. 34. §. *si duob. D. de legat*. 1. *L. si servo*. 31. §. 1. *D. de statuliber*. in legato per damnationem portio deficiens conjuncto non accrescit. d. *L*. 16. in princip. *D. de legat*. 1. d. *L*. 34. §. *si conjunctim. eod. L. si Titio*. 61. *D. de legat*. 2. Idem Cujacius in *not. ad Ulpianum*, *tit*. 24. *de legat*. ait, sublatas fuisse à Justiniano differentias legatorum, sed earum quaedam vestigia superesse; quod est verius. Nam cùm Justinianus unam, eandemque naturam omnibus legatis tribuerit, d. *L*. 2. *C. Com. de legat*. §. *ult. Instit. de obligat. quae quasi ex contract. nascunt*. & in hoc §. *ubi autem*, sequitur, Justinianum nullam diffe-

differentiam inter diversa genera legatorum relinquere voluisse. Alioqui non esset una, eademque natura omnium legatorum, si quaedam adhuc differentiae superessent. Licèt autem vestigia quaedam istarum differentiarum in libris juris remanserint, non ideo remanserunt, quasi hodie obtinere debeant; sed quia Pandectarum compositores festinantiùs agentes, vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, interdelere non potuerunt.

An Sexti Aelii, vel Sexti Caecilii nomen retineri debeat *in* L. 1. C. de comm. serv. manumiss.

CAPUT XI.

JUSTINIANUS in L. 1. in princ. *C. de com. serv. manumiss.*

SEcundùm ea, quae & Ulpianus *lib.* 6. *fideicommissorum*, & Paulus *lib.* 3. *fideicommissorum* refert: ubi & hoc relatum est, quod & Sextus Aelius juris antiqui conditor definivit, socium per Praetorem compelli partem suam vendere.

CUJACIUS lib. 7. observat. cap. 24.

Eutropius Ulpianum juris conditorem vocat, Justinianus Sextum Caecilium, L. 1. C. de comm. serv. manumiss.

Idem CUJACIUS aliter legit in Paratit. C. ad *tit. de comm. serv. manumiss.*

Idemque Sextum Aelium antiquum Interpretem *XII. Tabular. refert scripsisse ex Ulpiani 6. & Pauli* 3. fideicommissor. *& notis Marcelli ad Julianum.*

Et in Recitationib. ad *tit. C. de comm. serv. manumiss.*

Scribit etiam, idem sensisse Sextum Aelium *antiquum interpretem XII. Tab. ut socius invitus socio manumittenti vendat partem suam: & hanc Aelii sententiam refert Ulpianus* 6. fideicommissor.

MERILLIUS.) Si unus ex dominis communem servum manumitteret Latinâ libertate, puta inter amicos per epistolam, nihil agebat. Ulpian. *lib. sing. Reg. tit.* 1. sed si vindictâ, aut testamentô manumitteret; dubitatum fuit, an servus maneret, vel ei libertas competeret. Sabinus, & ex ea schola auctores, videntur in ea fuisse sententia, ut servus maneret: & ratio illorum fuit, quòd unus ex dominis, invitô sociô, in re communi nihil facere potest. *L. in re.* 25. *D. de servitutib. praedior. urbanor. L. Sabinus.* 28. *D. comm. divid.* Et socius, qui in re communi vult aliquid facere invitô sociô, jus socii magis ad se praeripit. *L. an unus.*

11. *D.*

11. *D. si servit. vindicet.* Cùm igitur unus ex sociis, invitò sociò, servum manumittit, jus socii ad se praeripit; & propterea servo manumisso libertas non competit. Et quia servus pro parte liber esse non potest, & pro parte servus. *L. alieno. D. de fideicommiss. libertat.* pars socii manumittentis, secundùm istorum sententiam, socio non accrescit. *§. ult. Instit. de donationib.* & hac *L. 1.* in princip. Proculejani videntur sensisse, ut servus ab uno ex dominis manumissus liber fieret, & libertas ad se traheret servitutem. Ratio istorum fuit, quòd si libertas servo non competeret, melior esset conditio severioris, quàm domini mitioris: at favòr libertatis hoc non patitur. Proculejani, & ex ea schola auctores, secundùm Stoicorum dogmata, maximè favebant libertati, ut aliàs ostendimus. Aequius igitur esse ajebant, ut servus liber esset; & tamen indemnitas alteri domino praestaretur; puta, dimidium aestimationis. Cujus sententiae vestigium est in *L. duobus. 30. D. de liberal. caus.* & *L. judicatae. 29. D. de except. rei judic.* Quam posteriorem sententiam Justinianus hìc probare maluit; eamque confirmat auctoritate plurium JCtorum, & Sexti Aelii. Cujacius *lib. 7. observat. cap. 25.* legit, *Sextus Caecilius*; puta, Sextus Caecilius, qui passim laudatur in Pandectis, cujus & elegantissima est dissertatio cum Phavorino Philosopho de legibus XII. Tabul. apud Gellium *lib. 20. cap. 1.* Idem Cujacius in *paratit. C. ad h. tit.* & in *recitationib. ad eundem tit.* legit, *Sextus Aelius*: quod magis probarem, quia ita legitur in omnibus codicibus editis, & manuscriptis: Tum quia Sextus Aelius fuit ex antiquissimis JCtis, quem & Ennius versibus suis laudaverat, ut refert Pomponius in *L. 1. §. deinde. 19. D. de orig. jur.* & versus Ennii extat apud Varronem *lib. 6. de ling. Lat.*

Catus Aelius Sextus.

id est, acutus, ut ille interpretatur. Atque etiam Sexti Aelii fit mentio in *L. si venditor. 38. D. de actionib. empt.* itaut Sexti Aelii nomen in d. *L. 1. C. de comm. serv. manumiss.* retinendum videatur.

An Lex 3. C. de praescript. trigint. annor. *Theodosio seniori, vel juniori sit tribuenda.*

CAPUT XII.

IMPP. HONORIUS, & THEODOSIUS AA. ASCLEPIODOTO PP. in L. 3. C. de praescript. trigint. vel quadragint. annor.

Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minimè protendantur. Sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur; nihilominùs erit agenti triginta annorum praescriptio metuen-

tuenda. Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus, vel hypothecam non à suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente, nititur vindicare. Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentiô, ex quo competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam (licèt per annotationem) promeruisse responsum, vel etiam in judiciis allegasse; nisi allegatô sacrô rescriptô, aut in judicio postulatione depositâ, fuerit subsecuta per executorem conventio: non sexûs fragilitate, non absentiâ, non militiâ contra hanc legem defendendâ; sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximendâ sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris; necessariò eis, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur; non illae, quae antiquis temporibus limitabantur. Post hanc verò temporis definitionem, nulli movendi ulteriùs facultatem patere censemus, etiam si se legis ignorantiâ excusare tentaverit. Dat. VIII. Kalend. Decemb. Constantinop. Victore, & Symmacho Conf.

CUJACIUS lib. sing. de praescriptionib. cap. 30.

Ac primùm quidem Theodosius constituit, ut in provinciis, exemplô actionum in rem, tempore etiam tollerentur personales: non tamen decem, aut viginti annis, sed triginta. L. sicut. C. de praescript. 30. annor. *Cujus inscriptio talis esse debet: Theodosius A.* Fuit Theodosius Magnus hujus praescriptionis auctor, *vel juniore teste*. Novell. de 30. annor. praescript.

Idem CUJACIUS aliter, lib. 18. observat. cap. 26.

At sanè eam Theodosii magni constitutionem non habemus. Nam L. 3. C. de praescript. 30. annor. Theodosiii junioris est, non senioris: *Quae tamen idem statuit, quod illa: & similiter tricennio subtrahit pupillarem aetatem domini, vel creditoris. Et* ut hodie malim soli Theodosio juniori illam L. 3. adscribere, *facit Cod. Theodos. & inscriptio ad Asclepiodotum; cui solùm passim alibi lego, Theodosium suas constitutiones dirigere; & solius Victoris Cons. subscriptio.*

MERILLIUS.) Triginta annorum praescriptio hac *L. 3.* inducitur, quae omnibus causis opponatur, & extat in *L. unic. C. Theodos. de actionib. cert. temp. finiend.* ut quemadmodum actiones in rem praescriptione decennii antea tollebantur. *L. 2. C. si advers. creditor. L. 2. C. de praescript. long. tempor.* Ita & actiones personales tricenniô tollantur; quia & spatium illud triginta annorum quoddam *seculum* brevius est, ut ait Servius ad 8. *Aeneid.* Seculo longiore, puta, centum annis vita hominum definita est. *L. proponebatur. 76. D. de judic. L. an usufructus. 56. D. de usufr. & quemad.* seculo breviore, puta, triginta annis actionum vita finita est. Sed non satis constat, an haec constitutio Theodosio magno, seu seniori, an juniori sit tribuenda. Cujacius *lib. sing. de praescriptionib. cap. 30.* Theodosio magno tribuit; quem Theodosius junior intelligit, & pa-

trem

trem suum vocat, *Novell. de 30. annor. praescript. omnib. caus. opponend.* Idem tamen Cujacius *lib. 8. observat. cap. 26.* ait, Theodosium quidem magnum tulisse legem de praescriptione triginta annorum, ut omnes actiones personales (subtractâ aetate pupillari) triginta annorum praescriptione tollerentur: non tamen esse hanc *L. 3.* sed desiderari, & non extare. Hanc verò *L. 3.* adscribit Theodosio juniori: idque probat ex d. *L. unic. de actionib. cert. temp. finiend. in Cod. Theodos. ad Asclepiodotum*, ad quem Theodosius junior plerasque alias constitutiones suas scripsit: quod quia Cujacio magis placuit, facilè admitterem. Quidam tamen existimant, nullam fuisse constitutionem Theodosii senioris de praescriptione triginta annorum, sed tantùm junioris; quae & debet intelligi in *Novell. de praescript. triginta annor. omnib. caus. opponend.* & in *Novell. Valentin. de Episcopal. judic.* quòd ex verbis hujus *L. 3.* videatur Theodosius junior eam triginta annorùm praescriptionem primus induxisse, quâ actiones personales tolluntur: exemplô ductô à praescriptione decennii, quo actiones in rem antea tollebantur, d. *L. 2. C. de praescript. long. temp. decem, vel triginta annor.*

Ut verba quaedam in L. 3. C. de annal. except. *accipi debeant.*

CAPUT XIII.

JUSTINIANUS in L. 3. C. de annal. except.

SI ex multis causis quidam obnoxium habent, & maximè ex similibus quantitatibus; in unius quidem causae summa libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit; apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in judicium deduxisse, an vetustissimam earum, aut omnino nihil fecisse; cùm ejus sensus incertus esse apparebat. Sed & in judiciis tales altercationes ventilatas invenimus, & maximè propter longi temporis interruptionem. Si enim personalis fortè fuerat mota actio, hypothecariae autem actionis nulla mentio procedebat: quidam putabant, personalem quidem esse temporis interruptione perpetuatam; hypothecariam autem evanescere, taciturnitate sopitam. Et si quis generaliter dixerat obnoxium sibi aliquem constitutum, aliae dubitationes emergebant; si omnes ei competentes actiones hujusmodi narratione contineri credantur; an verò quasi silentiô circa eas habitô, tempore expirare, nullô ex incerta libelli confessione adminiculô ei acquisitô. Sancimus itaque, nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem: sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit, & libellum conventionis ei transmiserit, licèt generaliter nullius causae mentionem habentem, vel unius

unius quidem specialiter; tantummodò autem personales actiones, vel hypothecarias continentem; nihilominùs videri jus suum omne in judicium deduxisse, & esse interrupta temporum curricula: cùm contra desides homines, & sui juris contemptores, odiosae exceptiones oppositae sunt. Datum Constantinop. post Consul. Lampadii, & Orestis VV. CC.

CUJACIUS in paratit. C. ad hunc *tit. de annal. except.*
Quod ait in principio, & maximè ex similibus causis, *sic accipitur*, *ut minimè idem sit* ex dissimilibus causis.
Idem CUJACIUS aliter in recitationib. ad hanc L. 3.
Quod ait in prima parte, *ex similibus quantitatibus*, *sic accipite*, ut minimè idem sit ex dissimilibus quantitatibus.

MERILLIUS.) Titius debebat centum Maevio ex causa legati, centum ex causa mutui, & centum ex causa venditionis. Maevius convenit Titium, & ab eo centum generaliter petiit, nullâ causâ debiti expressâ in libello conventionis. Quaerebatur, an Maevius omnes causas debiti in judicium deduxisse videretur, vel vetustiorem tantùm causam debiti, vel nullam potiùs: & hoc quaerebatur, ad interruptionem praescriptionis, quae fit solâ conventione. In ea quaestione tres diversae sententiae fuisse videntur. Quidam existimabant, omnes causas debiti in judicium deductas fuisse, cum nulla causa expressa fuisset: ut cum quis in libello appellationis nullam causam expresserit, ex omnibus causis potest appellationem persequi. *L.* 3. §. *quid ergo.* 1. & *L. appellanti.* 13. *D. de appellationib.* Ita qui non expressit causam debiti in libello conventionis, ex omnibus causis debitorem suum convenisse intelligitur. Alii dicebant, non omnes obligationes, sed vetustissimam earum in judicium deductam; veluti debitor ex pluribus causis, si non expresserit ex qua causa solverit, in antiquiorem causam solvisse existimatur. *L.* 5. & *L. cum ex pluribus.* 97. §. *ult. D. de solut. & liberat.* Tertia fuit opinio eorum, qui dicerent, cum Maevius in libello conventionis nullam causam expressisset, nihil in judicium deductum esse; eo quòd incertum est, quod petitur. *L. inter.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* veluti & aliàs incerta actio nulla est. *L.* 5. in fin. *D. de rei vindicat.* incerta stipulatio nulla. *L.* 9. 10. 11. *D. de stipulat. servor.* incertum legatum nullum. *L.* 4. *C. de verbor. significat.* & ita incerta conventio, non expressâ causâ, nulla esse debeat. Justinianus quaestionem istam ita dirimit; ut si Maevius generaliter libellum conventionis Titio transmiserit, nullâ causâ expressâ, puta, si centum petierit; omnes causas in judicium deduxisse videatur, & ex causa legati, & ex causa mutui, & ex causa venditionis: atque ita interrumpi praescriptionem. Subjicit Justinianus, ut si, unius causae specialiter facta sit mentio in libello conventionis; puta, si actor expresserit causam personalis actionis, vel causam hypothecariae actionis, omne jus suum in judicium deduxisse videatur: quòd ex causa personalis, vel ex causa hypothecariae actionis, personali actione expressâ, hypothecaria interrumpitur: hypothecariâ actione expressâ, personalis interrumpitur. Verùm dubitari po-

test, an haec verba, quae sunt in principio hujus *L.* 3. *& maximè ex similibus quantitatibus*, intelligi debeant etiam de causis, seu actionibus similibus. Cujacius in *paratit. Cod. ad hunc tit.* ait, *ex similibus causis* sic accipite, ut minimè idem sit ex dissimilibus causis: & ita confundit quantitates, & causas. Idem Cujacius in *recit. Cod. ad hanc L.* 3. Quod ait in prima parte, *ex similibus quantitatibus*, sic accipite, ut minimè idem sit ex dissimilibus quantitatibus. Et hoc magis probarem; quia distingui debent in hac *L.* 3. quantitates, & causae. *Quantitates*, id est, summae debitae: *Causae*, id est, actiones, ex quibus summae debentur. Et ex hac constitutione, qui quantitatem unam in judicio deduxerit, alias similes quantitates in judicium videtur deduxisse, non tamen dissimiles quantitates. Sed qui unam actionem moverit, ex unave causa egerit, ex alia dissimili egisse intelligitur: puta, cùm moverit personalem actionem, videtur movisse hypothecariam, ut utriusque fiat interruptio. Ceterum hoc mendum scripturae potiùs, quàm interpretationis, in *paratit. Cod.* deprehendit ante nos V. C. Franciscus Raguellus in commentariis suis ad constitutiones Justiniani, & ad hanc *L.* 3.

An idem sit edictum D. Hadriani, cujus sit mentio in L. 5. C. de aedific. privat. *& Constitutio D. Marci, quae refertur in* L. cum duobus. 52. §. 8. D. pro socio; *vel distingui debeat.*

CAPUT XIV.

IMPP. DIOCLETIANUS, & MAXIMIANUS, in L. 5. C. de aedific. privat.

SI is, contra quem preces fundis, sciens, prudensque soli partem ad se pertinere, non quasi socius, vel collega, communis operis sollicitudine solidam balneorum extructionem eâ mente, ut sumptus pro portione tua non reciperet, aggressus est; sed ut totius loci dominium usurparet, & collapsum balneum refabricare enisus est: cum aedificia, quae alienò locò imponuntur, solo cedant; nec impensae his, qui improbè id fecerint, restitui debeant: antiquatò D. Hadriani edictò, Praeses provinciae memor juris publici, in dirimenda disceptatione, legum placita custodiet.

CUJACIUS in recitationibus Cod. ad *tit. de aedific. privat. in L.* 3. *Dicam hodie de alio edicto D. Hadriani, juxta L.* 5. hujus tit. *quod etiam D. Marco tribuitur in L.* cum duobus. §. idem respondit. D. pro socio.
Ita etiam confundit nomen Hadriani, & Marci in not. Codicis, ad eundem tit. *de aedific. privat. in L. 5. D. Hadriani, id est D. Marci.*

Sed

Sed aliter lib. 19. observat. cap. 20.
Vespasianus, & Hadrianus dominium dederunt instauratori statim; D. Marcus dominio dando interposuit quatuor menses.

MERILLIUS.) Titius, & Maevius habebant aedes communes: aedes dirutae, vel exustae sunt. Titius, Maeviò nolente sumptus inferre ad restitutionem aedium, eas solus restituit. Antiquo jure ex constitutione Vespasiani, quam refert Svetonius, dominium aedium restitutarum Titio quaerebatur; & ex edicto D. Hadriani, cujus fit mentio in hac *L.* 5. quia publicè interest, ne civitates depositis aedificiis deformentur. *L.* 25. *hoc tit.* Et ideo curator reipub. adversùs dominos aedium, ut dirutae domus in civitatibus ab iis extruantur, agere potest. *L. ad curatorem.* 46. §. 1. *D. de damn. infect.* Cum id ita esset constitutum, ut cessantibus dominis aedificia diruta restituere, aliis restituentibus dominium eorum quaereretur; D. Marcus postea quatuor menses dedit, intra quos dominus aedificii restituti posset sumptus factos restituere cum usuris. *L. cum duobus.* 52. §. *idem respondit.* 8. *D. pro socio*: id est, cum usuris centesimis, quae sunt maximae. Quòd si dominus post quatuor menses cessaret sumptus in restitutionem factos cum usuris reddere; post illud tempus D. Marcus dominium dedit, d. *L.* 52. §. 8. *D. pro socio*: id est, voluit eum, qui aedes restituisset, earum habere dominium: eâdemque constitutione D. Marci, restitutori aedium datum fuisse videtur jus tacitae hypothecae, ut in sumptibus ad restitutionem aedium factis, praeferretur anterioribus creditoribus. *L.* 1. *D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit.* Aliud est igitur edictum D. Hadriani, cujus fit mentio in hac *L.* 5. & constitutio D. Marci, in d. *L.* 52. *D. pro socio*. Cujacius in *not. Cod. ad hunc tit.* confundit nomen Hadriani, & D. Marci, quasi una, eademque fuerit constitutio; & nomen Hadriani etiam D. Marco tributum fuerit, quia D. Marcus ab Hadriano adoptatus nomen ipsius praeferebat. Idem etiam censuit in *not. ad lib. sing. Regul. Ulpiani, tit.* 24. *de legat.* ubi quod auctore Hadriano constitutum esse dicitur, id D. Marco tribuit. Verùm idem Cujacius *lib.* 19. *observat. cap.* 20. distinxit edictum D. Hadriani, cujus fit mentio in hac *L.* 5. à constitutione D. Marci, quae refertur in d. *L.* 52. *pro socio*; quia Hadrianus restitutori aedium statim earum dominium dederat: D. Marcus autem quatuor menses ad sumptuum solutionem praestituerat; & nisi soluti essent, dominium dederat. Et hoc quidem verius est, atque etiam SCtum, cujus meminit Ulpianus d. *tit.* 24. *de legat.* distinguendum esse ab alio SCto temporibus D. Marci facto, ut aliàs ostendimus. Quod autem diximus de restitutis aedibus, id est, repositis, seu reaedificatis, non idem fortè dici potest de refectis aedibus, quia non sic publicè interest, aedes ruinosas refici, ut dirutas restitui.

An L. 1. C. de fidejussorib. & mandat. *intelligenda sit de debitore deportato, vel relegato.*

CAPUT XV.

IMPP. SEVERUS, & ANTONINUS in L. 1. Cod. de fidejussorib. & mandat.

SI Lysias ademptâ parte bonorum exulare jussus est, non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verùm qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, jure pristinô conveniri possunt.

CUJACIUS ad lib. 9. quaest. Papiniani, in *L. si debitori.* 47. *D. de fidejussorib. & mandat.*

Possunt bona publicari sine capitis diminutione, si quis relegetur in insulam, & specialiter ei adimatur magna pars bonorum, ac redigatur in fiscum. Pro ea parte bonorum relegatus liberatur, *quasi pro ea parte videatur fiscum habere successorem, & semivivus esse. Pro ea parte, quae publicata est, pro mortuo habetur; pro ea parte, quam retinet, non videtur mortuus: atque ita quodammodò partim successorem habet, partim non habet.* L. 1. C. de fidejussorib. L. 2. C. ad leg. Jul. de vi. *ubi eleganter successorem pro oneribus portionis suae respondere ait: fiscum igitur respondere pro parte bonorum relegati, quae ei adempta est; pro reliqua parte, respondere ipsum relegatum. Ergo non deportatio tantum quasi mors est*, sed etiam relegatio, cui juncta est publicatio partis bonorum.

Idem CUJACIUS aliter lib. 15. observat. cap. 35.

Si parte bonorum publicatâ debitor liberetur pro parte, fidejussor tamen obligatus manet in solidum: videlicet si debitor capite minutus sit, ut *L. 1. C. de fidejussorib.* si exulare jussus sit: quô verbô propriè significatur deportatio, non relegatio, *Nec quominùs deportatio significetur, retenta ab exule pars bonorum dissuadere debet: cum & ab eo nonnunquam eveniat, ut retineantur omnia bona.* L. 14. de interdict. & relegat. Relegatus verò ademptâ parte bonorum, vel bonis, unà cum fidejussoribus suis maneret obligatus.

MERILLIUS.) Lysias Titio erat obligatus in centum; ejusque obligationis nomine Maevium fidejussorem dederat. Postea Lysias ob aliquod delictum, parte bonorum ademptâ, & publicatâ, in exilium missus est. Impp. ajunt, Lysiam, non nisi pro parte bonorum, quam retinet, Titio manere obligatum; puta, in quinquaginta: quia fiscus, qui partem aliam bonorum vindicavit, pro ea parte tenetur creditoribus satisfacere. *L. si marito.* 31. *D. solut. matrimon. L. 2. C. ad leg. Juliam de vi publ. & pri-*

& privat. L. 2. & 3. C. de sentent. pass. & restitut. Subjiciunt Impp. in hac *L.* 1. Maevium fidejussorem Titii, *jure pristino conveniri posse*: id est, in solidum, seu eô modô, quô ante exilium Lysiae conveniri potuit: quia exceptio illa, quam habuit Lysias, ut pro parte solùm teneretur, personae Lysiae cohaerebat; puta, quòd pars bonorum adempta fuerit: neque fidejussoribus competit. *L. etsi.* 24. *D. de re judicat. L. defensiones.* 11. *C. de exceptionib.* Si fidejussor solverit, non habet mandati actionem adversùs debitorem, cùm bona publicata sunt; sed adversùs fiscum, ad quem bona pervenerunt. *L.* 2. *D. de capit. minut.* Sed quaeritur, an species hujus *L.* 1. de Lysia deportato, aut relegato intelligi debeat. Cujacius in *recitationib. ad lib.* 9. *quaest. Papiniani*, in *L. si debitori.* 47. *D. de fidejussorib. & mandat.* hanc *L.* 9. intelligit de relegato; puta, ut Lysias relegatus fuerit, non deportatus. Quia exilium etiam de relegatione dicitur. *L. mutus.* 73. *D. de jur. dot. L.* 4. *&* 5. *D. de interdict. & relegat.* Tum quia relegatis in insulam pars bonorum adimitur. d. *L.* 4. *D. de interdict. & relegat.* ut hîc Lysiae adempta fuerat. Tum quia Lysias pro ea bonorum parte, quam retinuit, Titio mansit obligatus, ab eoque conveniri potuit. At si deportatus fuisset Lysias, nullo modô teneretur, per deportationem totâ obligatione extinctâ. d. *L. si debitori.* 47. *D. de fidejussorib. & mandat.* Idem verò Cujacius *lib.* 15. *observat. cap.* 35. & in *recitationib. Cod. ad tit. de exceptionib. in L. defensiones.* 11. & in *recitationib. Cod. ad hunc tit.* hanc *L.* 1. accipit de deportato, quia Lysias exulare jussus erat. Exilium autem propriè est deportatio. *L.* 2. *D. de public. judic.* Tum quia, deportatus non solùm partem bonorum, ut relegatus, sed etiam omnia bona retinere potest, d. *L. relegatus.* 14. in fin. *D. de interd. & relegat.* Et quidem magis admitterem speciem hujus *L.* 1. potiùs de deportato, quàm de relegato accipi oportere: quod suadent maximè verba illa, *fidejussorem jure pristinô conveniri posse*. Id enim arguit, Lysiam contra non jure pristinô, non ex antiqua obligatione conveniri potuisse; ut qui deportatus fuerat, cujusque obligatio per deportationem extincta fuerat. Etenim deportatus personam non habet, *L. quotiens.* 14. §. 1. *D. de novation. & delegat.* in qua subsistat obligatio. Deportati mortuorum locô habentur. *L.* 1. §. *filium. D. de bonor. possess. contra tabul.* & deportatio mortis locô est. *L.* 5. *D. qui satisd. cogant.* Lysias igitur deportatus jure pristinô conveniri non potuit, extinctâ obligatione per deportationem; sed tantùm conveniri potuit utili actione, ob partem bonorum, quàm retinuerat. d. *L.* 14. *D. de interdict. & relegat.* Et utili quidem actione tantùm conveniri potuit: quia ad eas capitis diminutiones, quibus civitas amittitur, edictum Praetoris de capite minutis pertinet. d. *L.* 2. *D. de capit. minut.* Quòd si Lysias tantùm relegatus fuisset, civitatem retinuisset; neque obligatio ejus extincta fuisset. Igitur dicendum est, potiùs Lysiam deportatum fuisse, quàm relegatum. Non movet in contrariam sententiam, quòd exilium dicitur de relegatione; nam magis propriè ad deportationem pertinet. d. *L.* 2. *D. de public. judic.* Nec quia pars bonorum Lysiae adempta fuerat, ideo dicendum est, Lysiam fuisse relegatum: nec enim deportati tantùm partem

bo-

bonorum, sed & omnia bona retinere possunt. d. *L.* 14. *D. de interdict. & relegat.* Denique Lysias deportatus, non quidem pristinô jure conveniri potuit, sed utili actione; quia partem bonorum retinuerat. Ceterum vel ex hac specie observari debet, legum species non temerè ex tempore, sed accuratâ meditatione, & pensiculatis veluti ad aurariam stateram omnibus verbis, affingi oportere.

An omnia judicia fuerint extraordinaria, & an electô reô principali fidejussor liberetur.

CAPUT XVI.

IMP. GORDIANUS in L. mandati. 14. *Cod. de fidejussorib. & mandatorib.*

MAndati actio personalis est; quae si nomine fidejussoris, vel adversùs debitorem, seu heredes ejus competit; Praeses Provinciae, quae deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt; si factâ nominis redemptione, solutio celebrata est; vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, adversùs pignorum possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur.

CUJACIUS in recitationib. Cod. ad *L.* 14. *Cod. de fidejussorib. & mandatorib.*

Electio principalis sola, nondum secutâ exactione, non est statim liberatio fidejussoris, *aut mandatoris; sicut nec electio unius ex fidejussoribus, vel mandatoribus, vel reis promittendi, liberatio est rei, aut correi, aut fidejussoris, aut alterius mandatoris ejusdem pecuniae: id est*, non electio sola, sed exactio pecuniae.

Idem CUJACIUS in not. God. ad *L. ult. hoc. tit.* ait, petitionem pro exactione debere intelligi.

Idem CUJACIUS aliter in notis ad *lib.* 2. *sentent. Pauli, tit.* 17. sub finem.

Creditori est potestas eligendi cum quo agere malit, cum reo, an cum fidejussore: sed si reum elegerit, fidejussor liberatur. *Aliud est dicendum in mandatore; nam reô electô, mandator non liberatur.*

Et lib. 23. observat. cap. 25.

Ante constitutionem Justiniani, quae est ult. in tit. de fidejussorib. *haec erat differentia inter fidejussores, & mandatores; quòd unô ex mandatoribus electô, lite cum eo contestatâ, caeteri non liberabantur.* L. amissi. §. ult.

D. de

D. de fidejussor. L. reos. C. eod. *unô autem ex pluribus fidejussoribus electô, caeteri liberabantur: & similiter, quod electô reô, mandator non liberabatur*. L. 14. D. de fidejussorib. d. L. reos. At reô electô fidejussor liberabatur. *Paulus* lib. 11. sentent. tit. 17. *in fin.* Electô, *inquit*, reô principali, fidejussor, vel heres ejus liberatur.

MERILLIUS. } Duo sunt observanda ex Cujacio ad hanc *L.* 14. *in recitationib. Cod.* Primum, quòd dicit jurisdictionem extraordinariam, ideo dici in hac *L.* 14. quasi omnia judicia essent extraordinaria. Contra verò in *not. Cod. ad eand. L.* 14. distinguit judicia ordinaria, & extraordinaria: quod verius est. Namque actio hypothecaria dicitur ordinaria, & extraordinaria: non quasi eadem sit actio ordinaria, & extraordinaria; sed quòd sit ordinaria, & extraordinaria diversâ ratione, ut ostendimus supra ad *L. actio.* 28. *de obligationib. & actionib.* Alterum est, quòd ait, solâ electione rei fidejussorem non liberari, sed exactione pecuniae. Creditor habebat electionem, adversùs quem mallet agere, puta, reum principalem, vel fidejussorem. *L.* 5. *sup. hoc tit.* Sed putat, ita demum fidejussorem liberari, si creditor debitum exegerit, non si eum convenerit; non solâ petitione, seu conventione, sed exactione. Et hoc satis verum est, exactô reô principali, fidejussorem liberari. Sed major dubitatio est, an electione solâ rei principalis fidejussor liberatus fuerit. Idem Cujacius in *not. ad lib.* 2. *sentent. Pauli, tit.* 17. & *lib.* 23. *observat. cap.* 25. ait, electione rei principalis fidejussorem liberari; & creditorem non posse regredi adversùs fidejussorem, sive debitor solvendo sit, vel non. Idque verius est; & probatur manifestò ex Paulo, *lib.* 2. *sentent. tit.* 17. Electô tamen reô, nec satisfaciente, creditor adversus mandatorem regredi potuit. *L. si mandatu.* 13. *D. de fidejussorib. L. reos.* 23. inf. *hoc tit.* Electô etiam correô debendi, creditor adversùs alium correum regredi potuit. *L.* 5. in fin. *D. commodat. L.* 1. §. *si apud duos. D. deposit. L. si ex toto.* 8. §. 1. *D. de legat.* 1. d. *L.* 23. *hoc tit.* Quia alia est ratio correi, & mandatoris, qui principalis debitoris personam sustinent; alia ratio fidejussoris, qui accedit principali obligationi. Justinianus illam differentiam sustulit, in *L. ult. hoc tit.* nec vult, electione rei fidejussorem, aut mandatorem, aut correum liberari.

Hu-

An SCtum Libonianum de testamentariis praecesserit Claudianum, vel Claudianum praecesserit Libonianum; & an unum fuerit, vel duo SCta.

CAPUT XVII.

IMP. ALEXANDER in L. 3. C. de his, qui sibi adscrib. testament.

SCtô, & edictô D. Claudii prohibitum est, eos, qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictante testatore, aliquod emolumentum ipsis futurum scribere: & poena legis Corneliae facienti irrogata est, cujus veniam deprecantibus ob ignorantiam, & profitentibus à relicto discedere, amplissimus ordo, vel Divi Principes veniam rarò dederunt.

CUJACIUS in paratit. D. ad *tit. de leg. Cornel. de fals.* & *de SCto Liboniano.*

SCtum Libonianum ad poenam L. Corneliae de falsis redegit testamentarium, qui sibi sua manu hereditatem, aut legatum adscripsit voluntate testatoris: ac praeterea legatum pro non scripto esse jubet, & apud heredem manere cum onere. Id etiam dixere Claudianum, quia ex edicto manavit Claudii Neronis.

Idem CUJACIUS aliter in paratit. C. ad *tit. de his, qui sibi adscrib. in testam.*

Non est omittendum hac de re, quò de primùm factum est SCtum Libonianum auctore Tiberio, etiam postea factum fuisse aliud SCtum ex edicto D. Claudii. L. 3. hoc tit. *d.* L. Claudius; *quod SCtum Claudianum dicitur*. Sunt igitur hâc de re duo SCta. *Quod & inscriptio probat libri singularis Pauli ad SCtum Libonianum, seu Claudianum; & quod* L. 10. D. eod. *hoc provisum fuisse ait SCtis, non SCto.*

MERILLIUS.) Titius cùm testamentum facere vellet, rogavit Maevium, ut illud scriberet. Titius dictavit testamentum, & scripsit Maevius: eôque testamentô Titius legavit centum Maevio. Ait Imp. ex SCto scilicet Liboniano, & edicto D. Claudii, quod secutum est, poenam legis Corneliae ei irrogatam fuisse, qui sibi aliquid testamento adscripsisset, quasi falsum commisisset. Lex Cornelia adversùs eos lata est, qui falsum testamentum conderent: at poenâ hujus leg. teneri non poterant, qui ex voluntate testatoris aliquid scripsissent testamentô. Verùm SCtô Libonianô ad legem Corneliam factô, producta est lex Cornelia ad eos, qui sibi aliquid testamentô adscriberent. *L. edicto. 15. D. ad leg. Cornel. de fals.* & haç *L.* 3. sive quis hereditatem, sive legatum sibi adscripserit. *L. 1. D. de his, quae pro non script. habent.* sive quid scripserit in codicillis ad testamentum pertinentibus. Ratio SCti fuit, quòd is, qui testa-

testamentum scriberet; non dictante testatore, neque ex voluntate testatoris, facilè sibi posset aliquid testamentô scribere. Si tamen testator eôdem testamentô, vel codicillis specialiter manu suâ caverit, se legatum, aliudve reliquisse; testamentario id debetur. Generalis autem subscriptio non sufficit ad legatum capiendum; puta, si testator generaliter scripserit, se dictasse testamentum d. *L. 15. §. Divus. D. ad leg. Cornel. de fals.* & *L. 2. hoc tit.* Subjicitur in hâc *L. 3.* ei, qui per ignorantiam juris aliquid sibi testamentô scripserit; puta, militi, mulieri, rustico, aliisve, qui propter ignorantiam juris excusantur; veniam dari, si deprecentur, & profiteantur à relicto discedere. In quibusdam Codicibus legitur in hac *L. 3. Rarò*, & ita Graeci legerant. Sed in levioribus delictis, quale illud est, sibi testamentô adscribere; ignorantia juris facilè excusatur, ut est in rescripto quodam Diocletiani, in *collat. leg. Mosaic. cum leg. Rom. tit. 6.* Verùm non satis constat, an SCtum Libonianum idem sit cum edicto Claudii; vel aliud ab alio distingui debeat. Cujacius in *paratit. D. ad leg. Cornel. de fals.* ait, SCtum Libonianum dictum fuisse Claudianum, quasi unum, idemque fuerit: & quidem SCtum Libonianum à Consule, Claudianum à Claudio Nerone dici potuit. Paulus etiam *lib. singularem* scripsit ad SCtum Libonianum, seu Claudianum: ex quo superest *L. 22. D. de leg. Cornel. de fals.* quasi unum, idemque fuerit. Idem Cujacius in *recitationib. ad hunc tit.* & in *paratit. C. ad eund. tit.* alterum ab altero distinguit: & diversis temporibus facta esse ait; alterum Tiberii, alterum Claudii temporibus: & propterea in *L. 10. D. de leg. Cornel. de fals.* dici SCta, quasi duo fuerint. Quod magis admitterem, & aliàs probavimus, ut quidem in hac *L. 3.* distinguuntur. SCtum autem Libonianum videtur praecessisse, & subsecutum fuisse edictum Claudianum: quod SCtum confirmavit, vel SCto aliquid adjecit. Cujacius in *not. Codic. ad L. 1. hoc tit.* putat in hac *L. 3.* memorari edictum Claudii Neronis; sed in *recitationib. Codic.* ait, non fuisse Neronis, ut qui inter Divos nunquam relatus fuerit.

Finis Variantium interpretationum ex Cujacio; in libris Codicis.

EMUNDI MERILLII JC. EX CUJACIO

LIBER TERTIUS,

Qui est Defensarum Lectionum Florentinarum.

Defenditur lectio Florentina in L. ususfructuarius. 61. D. de usufruct. & quemadmodum.

CAPUT PRIMUM.

NERATIUS lib. 2. Responsorum, in L. ususfructuarius. 61. D. de usufruct. & quemad. quis utat. fruat.

Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere. Aedificium inchoatum, fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec ejus quidem usumfructum esse; nisi in constituendo, vel legando usufructu, hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.

CU-

CUJACIUS lib. 1. observationum, cap. 36.

Fructuarius tueri, & reficere id, quod accepit, potest; nihil autem novi facere, nisi casam fructuum colligendorum, & recondendorum gratiâ. Ideoque usufructuarius novum tectorium parietibus inducere, vel imponere non potest: & hoc Neratius scribit in L. 44. D. de usufruct. *Idem Neratius in* L. 61. eod. tit. Usufructuarius, *inquit*, novum rivum parietibus non potest imponere. *Rogo quis sic loquitur*, rivum imponere? *Deinde, cur parietibus, ut ita loquamur, potiùs negavit rivum imponi posse, quàm solo, quo plurimùm rivus duci solet? Credo, alium ex alio loco emendandum esse; atque ut in* L. 44. *sic & in* L. 61. *legi debere*, novum tectorium. *Erroris causa forsitan haec fuit in* L. 61. *quòd exesis prioribus syllabis hujus vocis*, tectorium, *apparebant solae posteriores*, rium. *Unde quidam ita sibi statim*, rivum, *scribi oportere persuaserint. Sed possit etiam aliquis errorem hunc & vetustissimum, & ab ipso auctore admissum dicere: quando saepe fit, uti nos manus in scribendo fallat.*

Idem CUJACIUS in Recitationib. ad lib. posteriorem Responsor. Neratii Prisci, in L. *usufructuarius*. 61. *D. de usufruct.*

Ex posteriori libro Responsorum Prisci Neratii, primùm dabitur L. 61. D. de usufruct. *cujus initio jampridem ostendi legendum, Usufructuarium novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non posse: ut ex ejusdem Neratii tertio Membranarum proponitur, in* L. 44 sup. *in eandem sententiam, iisdemque verbis*. Tectorium, *inquam, legendum esse, non*, rivum, *ut vulgò. Tectorium imponere parietibus, id est, praelinire parietes. Et rectè quidem dicitur, tectorium imponere; rivum imponere, ineptè, & barbarè. Deinde cur in pariete potiùs, quàm in solo, rivum novum ducere fructuarius prohiberetur?*

MERILLIUS.) Mirum non est, Cujacio cum in primis observationibus animum ad scribendum appulisset, istam emendationem, sanè ingeniosam, excidisse: dum fervescente scribendi studiô, & aetate, in novis rebus quaerendis, & tradendis erat audaculus. Sed mirum est, eum jam seniorem factum, post tot annorum recitationes cùm attigisset libros Responsorum Neratii, (qui ferè postremus ipsius labor fuit) in eadem emendatione perstitisse; quae licèt ingeniosa sit, non est tamen vera. Retineri omnino debet lectio Florentina. Aliud est enim, tectorium parietibus imponere, seu parietes tectoriô oblinire, dealbare, incrustare, in *L. usufructuarius*. 44. *D. de usufruct. & quemadmod.* aliud rivum parietibus imponere. *L.* 61. *D. eod.* Ita rivi aquae fluentis parietibus per fistulas imponebantur, ut sursùm ascenderent, seu per canales structiles, ut Vitruvius *lib.* 8. *cap.* 7. Manilius *lib.* 5. *Astronomic.*

Et peregrinantes domibus suspendere rivos.
- - - - Undas inducere tectis,
Ipsaque conversis aspergere fluctibus astra.

Novum igitur rivum parietibus non posse imponere fructuarium, ait Neratius; scilicet, ut aquas tectis inducat; & peregrinantes rivos in domo faciat. Quod ad voluptatem multùm confert, sed aedificiorum aetati obest

plurimùm. Fructuarius quidem refectiones necessarias facere potest; atque etiam voluptuarias, ut in tectoriis, & pavimentis. *L.* 7. & 8. *D. de usufruct.* & in rivis igitur: sed non novum rivum parietibus imponere, hac *L.* 61. Ex quâ apparet, non temerè ad immutationes verborum accedi oportere, quae saepe nobis incognitam habent rationem. Et ab hac emendatione lectionis Florentinae, aliae omnes, quae sequuntur, disci possunt.

Defenditur lectio Florentina, in L. famosi. 7. §. ult. D. ad leg. Iul. majestat.

CAPUT II.

MODESTINUS lib. XII. *Pandectarum in L. famosi.* 7. §. *ult. D. ad leg. Jul. majestat.*

CRimen majestatis factô, vel violatis statuis, vel imaginibus, maximè exacerbatur in milites.

CUJACIUS in not. ad lib. 5. sentent. Pauli, *tit.* 29. *ad leg. Jul. majestat.*

Est autem judicium de majestate duplex, perduellionis, & majestatis. L. ult. D. ad leg. Jul. majest. *Rursus aut de facto aliquo est, aut de maledicto: nec enim* factô tantùm hoc crimen, sed etiam verbis impiis, & maledictis maximè exacerbatur, *ut Paulus ait. Idemque prorsus, ut opinor, Modestinus scripserat in* L. 7. §. ult. D. ad leg. Jul. majestat. *Sed quia ex maledicto non contrahi crimen majestatis, postea constitutum est, constitutioque relata in Codicem Justiniani*, L. 1. C. si quis Imp. maled. *Ideo Modestini verba sic Tribonianus immutavit*: Crimen majestatis facto, vel violatis statuis, vel imaginibus, maximè exacerbatur. *Haud tamen peritè, cum factum satis violatas statuas comprehenderet. Illa etiam, quae addita sunt verba*, in milites, *non recipio.*

MERILLIUS.) Paulus scripserat *lib.* 5. *Sentent. tit.* 29. *ad leg. Jul. majestat. Crimen Majestatis non solùm facti, sed etiam verbis impiis exacerbatur*. Verba impia, si quis vel de Imperatore jocatus esset. Seneca *lib.* 3. *de beneficiis*, *cap.* 26. *Excipiebatur ebriosorum sermo, simplicitas jocantium.* vel si quis de legibus ab eo latis obmurmurasset. Arnobius *lib.* 1. *adversùs gentes*: *Majestatis apud vos sunt rei, qui de vestris secùs obmurmuraverint legibus.* vel si quis aliter Imperatori maledixisset. Ideo fru-

frumentarii in provincias summittebantur, qui singulorum dicta observarent, *cum delatoria curiositate*, ut loquitur Ulpianus *L.* 6. *D. de jur. & fact. ignorant.* Modestinus quidem aliter quàm Paulus in *L.* 7. §. *ult. Crimen majestatis facto, vel violatis statuis, vel imaginibus, maxime exacerbatur in milites.* Sed & alia est mens Modestini; scilicet, crimen majestatis non adeo severè vindicari in milites, si verbis Imperatorem laeserint; sed si factô laeserint, puta, violatis statuis, vel imaginibus. Etenim saepe eveniebat, ut milites Imperatorem verbis laederent; veluti cum legiones immodestè missionem postularent. Svetonius in *Augusto, cap.* 24. aut congiarium, aliudve donativum peterent, aut de stipendiis quererentur. Verba quidem impia in ceteris vindicabantur. Paulus d. *tit.* 29. Quod jam à Tiberio coeperat. Svetonius in *Tiberio, cap.* 58. Sed ob verba non facilè crimen majestatis intendebatur militibus; quae graves militiae labores, & stipendia non praebita saepe illis poterant extorquere. Seditiosi milites ob querelam, vel vociferationem, tantùm de gradu dejiciuntur. *L.* 3. §. *si intra.* 20. *D. de re milit.* At *facto crimen majestatis in milites maximè exacerbatur*, secundùm lectionem Florent. in d. *L.* 7. §. *ult. D. ad leg. Jul. majestat.* Et facti exempla subjicit Modestinus: puta, si Caesaris statuas, aut imagines violassent. Erat magna signorum religio, ac veneratio, ut quae Caesaris imagines praeferebant. Vegetius *lib.* 2. *de re milit. cap.* 6. *Haec enim suscipit Aquilam, quod praecipuum signum in Romano est semper exercitu, & totius legionis insigne. Haec imagines Imperatorum, hoc est, divina, & praesentia signa veneratur.*

Cùm autem milites defectionem cogitabant, imagines à signis detrahebant. Tacitus *lib.* 4. *Historiarum. Vexillarius comitantis cohortis direptam Galbae imaginem solo adflixit*: & lib. 3. *Primores castrorum nomen, atque imagines Vitellii amoliuntur.* Herodianus *lib.* 8. *in Maximino*, refert, milites Maximinum, & filium ipsius tentoriô prodeuntes obtruncasse, τὰς τε εἰκόνας ἐκ τῶν σημείων καταστῶσι, *postquàm imagines ex signis detraxissent.* Non frustra igitur Modestinus, crimen majestatis *in milites factô exacerbari*, ait, si statuas Imperatoris, aut imagines violaverint: quia sic defectionem moliri videntur. Tantumque abest, ut τὸ *in milites*, ex d. *L.* 7. §. *ult. D. ad leg. Jul. majest.* rejiciendum sit; quin potiùs summâ cum ratione retineri debeat. Quod & in omnibus libris extat, & in *Ecloga Basilicῶν* reperitur. Nullum est sanè verbum apud auctores juris supervacaneum. Plerunque abstrusae sunt rationes, cur ita scripserint; sed diligentiùs requirendae, & ex aliis auctoribus repetendae.

Defin-

Defenditur lectio Florentina in L. in illa. 8. D. de verbor. obligat.

CAPUT III.

PAULUS lib. 2. ad Sabinum, L. *in illa.* 8. *D. de verbor. obligationib.*

IN illa stipulatione, *si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* mortuô homine, quaeritur, an statim ante Kalendas agi possit. Sabinus, Proculus, expectandum diem actori putant: quod est verius. Tota enim obligatio sub conditione, & in diem collata est; & licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest.

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 22.

Cùm διὰ σημείων (i. e. *per notas) Paulus ita scripsisset*, *A. D.* conditio, *Tribonianum notas pro non notis accepisse, conjecturam duxi: atque adeo ita scripsisse;* Et licèt ad conditionem committi videatur, dies tamen superest. *Quod potiùs tamen ita explanari debuit:* Et licèt ante diem conditio committi videatur, dies tamen superest. *Constat enim, veteres verba haec,* ante diem, *his designasse literis*, A. D. *ex quibus non interpunctis*, ad, *particula conflatur. Idque apparet ex Varrone* lib. 1. de re rustic. cap. 28. *& Valerio Probo, qui has notas*, A. D. P. *sic interpretatur*, ante diem pridie. *Sensus igitur legis in illa, hic erit: Licèt antequàm kalendae existant, conditio committi videatur; utpote cum Stichus intra kalendas vitâ functus sit, adhuc tamen dies superest; nec ante eum diem ex stipulatu decem peti possunt. Alioquin eis profectò verbis nulla est idonea subjecta sententia: idque mihi sic videtur.*

MERILLIUS.) Decipi aliàs potuit Tribonianus in notis, quibus libri JCtorum scripti fuerant; hìc tamen minimè deceptus fuit: & retinenda est lectio Florentina: *& licet ad conditionem committi videatur*: Id est, quoad conditionem stipulatio committi videatur. Non voluit Paulus dicere, committi conditionem, ut Cujacius; sed committi stipulationem, quoad conditionem, non quoad diem. Stipulatio ita erat concepta: *si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* Mortuô Stichô committitur stipulatio, quia Kalendis dari non potest: sed quia stipulatio & in diem collata est, ut kalendis Stichus detur; decem ante Kalendas peti non possunt. Veluti, si legatum sub conditione, & in diem relictum sit; non sufficit conditionem extitisse, ut legatum debeatur, nisi & dies venerit. *L.* 4. §. 1. *D. de condit. & demonstrat.* Cujacius ita *legem* 8. intelligit, quasi committatur conditio: sed elegantiùs multò dicitur committi stipulatio, secundùm lectionem Florentinam. Existens quidem conditio committit stipulationem. *L. quotiens.* 14. *D. de condit. & demonstrat.* id est, facit, ut stipulatio committatur; sed

sed ipsa conditio non committitur. Denique, ad conditionem, loquutio Graeca est; ut ex hoc ipso Julii Pauli observat V. C. & in dispungendis scriptoribus acutissimus Claudius Salmasius, ad *lib. Tertulliani de pallio.*

Defenditur lectio Florentina in L. si paterfamilias 40. D. de heredib. instituend.

CAPUT IV.

JULIANUS lib. 30. Digest. in L. si paterfamilias. 40. D. de heredib. instituend. sub finem.

IGitur in hoc casu semisses fient; ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, & substitutum aequis portionibus dividatur.

CUJACIUS in prioribus notis ad Institut. in *§. ult. Institut. de vulg. substitut.*

Obstare creditur L. si paterfamilias, *in illo loco*, ita ut alter semis. *Nec poterit unquam quisquam ullâ ratione, quominùs obstare videatur, efficere: siquidem in eo loco Tribonianus non notas pro notis accepit. Haec namque verba*, ita ut as, *sic explananda esse censuit*, ita ut alter semis. *Cujusmodi à nobis multa sunt in Pandectis notata, & animadversa; quae post suô tempore, ac locô proferentur. Sic ergo rectè cum dixisset Julianus, in* L. si paterfamilias, *in hoc casu semisses fieri; subintulit*, ita ut as aequis portionibus dividatur.

Idem CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 22.

In notis ad Institutiones D. Justiniani, & ad titulos Ulpiani multos errores indicavimus creatòs ex notis, quibus libri juris auctorum perscripti erant; nam etsi summam in eis explicandis diligentiam Tribonianus posuerit, valde tamen in plerisque hallucinatus est.

MERILLIUS.) Non negarem, in notis, quibus scripti erant libri ICtorum, decipi potuisse Tribonianum; sed ut superiori capite manifestò ostensum est, non fuisse deceptum in *L. 8. D. de verbor. obligationib.* Ita & defendi potest ab errore, & lectio Florentina ab immutatione, in *L. si paterfamilias. 40. D. de hered. instituend.* Neque enim ea mens est Juliani, alterum semissem, seu unum semissem ex duobus dividi inter heredem institutum, & substitutum; sed alterum ex duobus, ita ut heres institutus unum semissem, & substitutus alterum semissem habeat. Quod obtinebat, si heres institutus sub imperfectam cretionem, non cerneret hereditatem, sed pro herede gereret. Ulpianus *lib. singul. Regul. tit. 22.* sub

sub finem. Eâque ratione factum est in d. L. *si paterfamilias*. 40. D. *de hered. instituend.* ut cum Parthenius servus, quem testator putabat esse liberum, non crevisset hereditatem secundùm voluntatem testatoris, substitutus in partem hereditatis admissus fuerit: veluti ostendimus *lib.* 4. *observat. cap.* 34. Omnino igitur retinenda est lectio Florentina. Nam cùm ait Julianus, *ita ut alter semis*, Non unum semissem, sed duos semisses intelligit. Siquidem *Alter de duobus dicitur*. Servius ad Eclog. 3. v. 34.

Bisque die numerant ambo pecus, alter & hoedos.

Et ad Eclogam 8. v. 39.

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

Caper Grammaticus: *Alter de duobus, Unus de pluribus.*

Quem locum & Cujacius affert *lib.* 10. *observat. cap.* 26. Apertiùs Eugraphius in Andriam, *Unus, & item alter: Hic arguto intellectu tres accipiuntur; nam Unus utique suum numerum ostendit, Alter verò de duobus post unum est. Ita si alter est, duo significantur.* Veluti igitur his verbis, *unus & item alter*, argutô intellectu tres accipiuntur: Ita cùm Julianus dixisset, in hoc casu semisses fieri; & postea subjecerit, *ita ut alter semis*: argutô intellectu duos semisses dividendos esse intelligimus, ἀπὸ κοινοῦ, i. e. *ex communi*, secundùm artigraphos; ita ut alterum ex duobus habeat institutus, & alterum substitutus: seu alter inter heredem institutum, & alter inter substitutum dividatur.

Defenditur lectio Florentina in L. Gaurus 10. D. de servitutib. praedior. urbanor.

CAPUT V.

MARCELLUS lib. 4. Digestorum, in L. Gaurus. 10. D. de servitutib. praedior. urbanor.

GAurus Marcello. Binas aedes habeo; alteras tibi lego: heres aedes alteras altiùs tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes? & an interesse putes, suas aedes altiùs tollat, an hereditarias? & de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem, quae legatur, praestare debet. Sicut solet quaeri, cùm ususfructus loci legatus est; ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. Marcellus respondit: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit; non dubium est, quin heres alias possit altiùs tollendo, obscurare lumina legatarum aedium. Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit.

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 7.

Valde

Valde meô quidem judiciô corrupta est L. 10. D. de servitutib. praedior. urbanor. *in illo loco* : Idem dicendum est , si alteri aedes , alteri aliarum usumfructum legaverit . *Quod etsi nullius exemplaris auctoritate confirmare possim , dabo tamen operam , (quod in me quidem erit ,) ut omnes intelligant , ita locum illum restituendum esse* . Idem dicendum est , si alterarum aedium usumfructum legaverit: *& ex his verbis* , alterarum aedium, *forsitan malè descriptis , confusas , commixtasque fuisse illas voces* , alteri aedes , alteri aliarum . *Quod ut intelligatur , tota legis species accuratissimè nobis explicanda est , &c.*

Idem CUJACIUS suam emendationem confirmat ex Basilicis , *lib.* 11. *observat. cap.* 11.

Observatio prima docuit , esse legendum hoc pacto : Idem dicendum est , si alterarum aedium usumfructum legaverit . *Et ita quoque scriptum est in Basilicis* , lib. 58. Τὸ αὐτὸ ἐςι κἂν τοῦ ἄλλου οἴκου τὴν χρῆσιν ἑτέρῳ ἐληγάτευσα. i. e. *Idem est , quamvis alterius domus usum alteri legaverim.*

Idem CUJACIUS in recitationib. ad *tit. D. de servitutib. praedior. urbanor. & ad L.* 10.

Ita legendum est hoc in loco , ut Paulus legit in L. si is , qui. 30. *Legit autem sic* : Idem dicendum est , si alterarum aedium usumfructum legavit. *Hic verò erit sensus : Si testator cum binas aedes haberet , alterarum usumfructum legaverit , alteras in haereditate reliquerit : heres relictas in hereditate altiùs tollere potest , & obscurare aedes fructuarias.*

MERILLIUS.) Species quidem hujus legis constituenda est , ut de lectione constare possit . Testator duas aedes habebat vicinas ; alteras heredi reliquit , alteras legavit Titio . Ait Marcellus, posse heredem aedes hereditarias altiùs tollere , & ita obscurare lumina legatarum . Subjicit Marcellus : *Idem dicendum est , si alteri aedes , alteri aliarum usumfructum legaverit* . Quod ita intelligendum non est , ut heres possit altiùs tollere aedes fructuarias , & obscurare aedes legatas : alioquin obstaret inconciliabili ratione *L.* 7. §. 2. & *L. si cujus.* 13. §. *sed si aedium.* 7. *D. de usufruct. & quemadmod.* sed ut legatarius , cui aedes legatae sunt , possit eas altiùs tollere . Finge , testator duas aedes habebat ; unas legavit Titio , aliarum usumfructum legavit Maevio . Titius poterit aedes sibi legatas altiùs tollere , & officere luminibus earum aedium , quarum ususfructus Maevio legatus est . Ita speciem constituit Cujacius, ut possit heres altiùs aedes fructuarias tollere , & legatarum aedium lumina minuere . Ita verò constituimus , ut legatarius possit aedes sibi legatas altiùs tollere , & obscurare fructuarias . Heres quidem altiùs tollendô aedes hereditarias , poterit obscurare aedes fructuarias . Idque ex Marcello Paulus retulit . *L. si is , qui.* 30. *D. eod. tit. de usufruct.* Neque aliud sensit paraphrasis Basilicῶν , ut refert Cujacius *lib.* 11. *observ. cap.* 11. *Idem est , & si alterius domus usumfructum alii legavit* : quàm ut heres possit aedes hereditarias altiùs tollere , & obscurare fructuarias , ex d. *L.* 30. *D. de usufructu.* veluti hereditarias aedes altiùs tollere potest , & obscurare aedes legatas , hac *L.* 10. & adjicitur secundùm lectionem Florentinam , legatarium posse aedes sibi legatas altiùs tol-

tollere, & obscurare fructuarias. Ex his igitur colligendum est, heredem posse altiùs tollere aedes hereditarias, & obscurare aedes legatas, sive legatae fuerint cum proprietate, sive earum usufructus tantùm legatus sit; Legatarium quoque posse aedes sibi legatas altiùs tollere, & obscurare alias aedes, quarum usufructus legatus est: Quia cuique permissum est suas aedes altiùs tollere; modò sint liberae, & servitutem altiùs non tollendi non debeant. *L. cum eo*. 9. & *L. cujus*. 24. *D. de servitutib. praedior. urbanor.* Non tamen colligendum est ex lectione Florentina, ut vult Cujacius, heredem posse aedes fructuarias altiùs tollere, & obscurare legatas aedes.

Defenditur lectio Florentina in L. si mulier. 59. §. ult. D. de jur. dot. *ab immutatione, sed à levi mendo purgatur.*

CAPUT VI.

MARCELLUS lib. 7. Digestorum, in L. si mulier. 59. §. ultim. D. de jure dot.

Ejus nomine, quae libera videbatur, decem in dote dedisti: eo casu habebis condictionem, quo habere potuisses, si mulieris liberae nomine dedisses, nec nuptiae secutae essent. Si manumissa nupserit; ita demùm dos erit, si eâ mente dedisti, ut quandoque secutis nuptiis dos esset. Igitur si mulieri donaturus dedisti, dominus condicet: quemadmodum si eum, qui sibi donaturus esset, mulieri * ipsam donare jussisset.

CUJACIUS lib. 13. observationum, cap. ult.

In L. 59. *in fin.* D. de jur. dot. *additâ voce*, marito, *ita lego*: quemadmodum si eum, qui sibi donaturus esset, mulier ipsa marito dare jussisset. *Cujus vocis primam tantùm litteram habent Pandectae Florentinae: & ita Basilica*: ὥσπερ ἂν γυνὴ ἐπιτρέψῃ τῷ μέλλοντι αὐτῇ δωρεῖσθαι, παρασχεῖν τῷ ἀνδρί. *i. e.* quemadmodum si mulier jussisset dare marito, qui sibi donaturus est. *Et sententia est aperta: ei, qui dotem dedit pro serva, quam liberam esse existimabat, dari condictionem ob causam; nisi mulieri donaturus dedit. Hoc enim casu, domino mulieris condictionem dari; itemque si cùm donaturus mulieri erat, jussu mulieris marito donaverit.*

MERILLIUS.) Titius decem dotis nomine dedit ancillae, quam putabat esse liberam. Nuptiae cum ancilla esse non possunt, nec dos intelligi potest. §. *si adversus. Instit. de nupt.* Nuptiis igitur non secutis, Titius decem condicere poterit condictione ob rem dati; nam dotis datio, ut

& dotis

& dotis stipulatio, tacitam habet hanc conditionem, si nuptiae sequantur. *L. stipulationem*. 21. *D. de jur. dot.* At si ancilla manumissa nupserit, dos constare poterit; si Titius eâ mente decem ei dederit, ut quandocunque ancilla nuberet, decem doti essent. Sed finge, Titium mulieri, seu ancillae donare voluisse, sive nuptiae sequerentur, sive non: nuptiis non secutis, Titius decem non condicet, sed dominus ancillae: quia Titius omnimodô mulieri donare voluit. Et ita quidem species hucusque satis aperta est. Sed & id, quod sequitur, secundùm lectionem Florentinam; *Quemadmodum si eum, qui sibi donaturus est, mulieri ipsum donare jussisset*. Dummodò legatur, *ipsum*. Finge, Titius decem dare volebat Maevio; Maevius jussit, Titium ipsum dare mulieri. Non Titius, sed dominus ancillae habebit condictionem, veluti si Maevius dedisset: quia Titius nomine Maevii ancillae dedit. Ita quidem lectio Florentina defendi potest, levi mendô sublatô, quod facilè irrepere potuit. Et hoc fortè rectius est, quàm si verba alia adjiciantur, aliaque immutentur.

Defenditur lectio Florentina in L. si quis duos. 67. D. de solution. & liberationib.

CAPUT VII.

MARCELLUS lib. 13. Digestorum in L. si quis duos. 67. D. de solut. & liberationib.

SI quis duos homines promiserit, & Stichum solverit; poterit ejusdem Stichi dominium postea consecutus, dando liberari. In nummis minor, vel prope nulla dubitatio est. Nam & apud Alfenum Servius, eum, qui minus à debitore suo accipere, & liberare eum vellet, respondit, posse saepiùs aliquos nummos accipiendo ab eo, eique retro dandô, ac rursus accipiendò id efficere. Veluti si centum debitorem, decem acceptis liberare creditor velit; ut cum decem acceperit, eadem & retro reddat, mox ab eo accipiat, ac novissimè retineat. Et si in dubitationem à quibusdam hoc malè deducatur; quòd non possit videri is, qui ita accepit, ut ei, à quo accepit, retro reddat, solvisse potiùs, quàm * decessisse.

CUJACIUS ad lib. 17. quaest. Papiniani, in L. Maevius. 66. §. 3. D. de legat. 2.

Si quis velit paucos nummos accipere, & liberare debitorem insolidum; poterit accipere certos nummos, & retro dare; ac rursus accipere. Puta, est debitor centum; nolo eum liberare acceptilatione, sed solutione: nec totum volo mihi solvi, sed decem tantùm. Quid faciam? accipiam decem, & retro ei reddam: quae mox mihi referet, & ultima tantùm retinebo.

Cum pluries, hoc est, decies mihi solverit, videbitur debitor solvisse centum. Qua de re dubitari tamen poterat: quia qui accipit, & retrò dat, & deinde accipit; non potest videri solvisse potiùs, quàm decessisse; *ut est scriptum Florent. Sed legendum, ut est rectius in aliis libris; videri* accepisse potiùs, quàm dedisse. L. qui sic. 55. eod. tit.

MERILLIUS.) Ubi igitur lectio Florentina habet, *decessisse*, Gujacius legit, *dedisse*. Contius legerat, *decidisse*: alii legerant, *accepisse*. Sed Florentina retineri debet. Siquidem jungenda est *L. si duos*. 67. *D. de solut. & liberat.* cum *L. Titius*. 83. *D. de legat.* 1. ex eodem *lib.* 13. *Digest. Marcelli*. Hic quaerebat, an pars servi saepius dari posset: ibi, an totus servus saepius in solutionem dari posset. Utramque quaestionem similiter attigit Papinianus *lib.* 17. *quaest. in L. Maevius*. 66. §. 2. & 3. *D. de legat.* 2. In d. *L.* 67. *D. de solut. & liberationib.* Titius Maevio duos homines promiserat, & Stichum solvit Maevio; Maevius Stichum alienavit, & in potestatem Titii recidit: Titius eundem Stichum solvit Maevio. Quaeritur, an hac solutione sit liberatus? Movet, quòd, cum Stichus Maevii factus sit primâ solutione, iterum in solutionem dari posse non videtur; nam obligatio in eum casum recidit, à quo incipere non potest. At si ab initio Titius Stichum promisisset, & Stichus eo tempore fuisset Maevii; inutilis fuisset obligatio. Ita ex post facto cum Stichus Maevii factus sit, desinit Stichus esse in obligatione: nec igitur in solutionem dari potest. d. *L.* 66. §. 3. *D. de legat.* 2. & *L. qui decem*. 72. §. *Stichum*. 4. *D. de solut. & liberationib.* Marcellus tamen existimat, Titium, cum priùs Stichum solverit, eundem iterum in solutionem dare posse: veluti iidem nummi saepius in solutionem dari possunt. Finge, Titius debebat centum Maevio; Maevius ea decem accepit, & postea reddidit Titio. Id saepius inter eos factum est, donec tota centum solvisset Titius; & novissimè decem soluta retinuit Maevius. Ita saepius iidem nummi in solutionem dati sunt. Ait tamen Marcellus, quosdam in dubitationem deduxisse, an ita solutio facta dici possit; quòd Titius, qui decem Maevio solvit, & eadem à Maevio accepit, ut retro redderet; non tam videatur solvisse, *quàm decessisse*, secundùm lectionem Florentinam, id est, *decessisse obligatione*. Ita amant loqui Juris auctores, *decedere possessione*. *L. cùm quis*. 31. *D. de dol. mal. L.* 1. §. 2. *D. si vent. nom. L. haec autem*. 5. §. 2. *D. quib. ex caus. in possess. eat.* vel discedere possessione. Ita etiam discedere ab obligatione. *L. Paulus*. 30. *D. de novationib. & delegationib.* & *L.* 5. *C. de obligat. & actionib.* & ut discedere, est possessione discedere, *L.* 3. §. *si quis nuntiet*. 8. *D. de acq. vel amitt. possess.* ita & *decessisse*, in d. *L.* 65. *D. de solut. & liberat.* id est, obligatione decessisse. Haec est igitur Marcelli sententia, Titium debitorem, qui decem pluries Maevio creditori solverit, non tam solvisse centum, quae debebat; quàm voluntate creditoris fuisse liberatum, & obligatione decessisse. Minus convenit vulgata lectio *dedisse*, quia dubitatio est, an Titius centum solverit, qui nihil nisi decem dedit: & ita non videtur potius dedisse, quàm solvisse. Magis quidem alia conveniret, *accepisse*. Quia Titius plus à Maevio acceperit,

perit, quàm solverit. Sed est contra fidem librorum; & praeterea Titius nihil videtur accepisse, qui accepta non retinuit, sed solvit.

Defenditur lectio Florentina in L. qui decem. 72. §. Stichum. 3. D. de solutionib. & liberationib.

CAPUT VIII.

MARCELLUS lib. 20. Digest. in L. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut. & liberat.

STichum, aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dandô. Neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio. Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, * unum etiam ex his, qui tunc stipulatori servierant, dandô promissor liberatur. Vi quidem ipsâ & hîc ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat.

CUJACIUS ad lib. 17. quaest. Papiniani, in *L. Maevius. 66. §. duorum. D. de legat. 2.*

Duo concludamus in hoc §. Primum est, stipulatione hominis conceptâ generaliter, non contineri hominem, qui tunc fuit stipulatoris. Obstat huic sententiae L. qui decem. §. Stichum. D. de solut. & liberat. *In illo §. tres ponuntur species, & in omnibus idem jus est. Prima est; stipulatus sum Stichum & Pamphilum, & tamen meus erat Pamphilus: si is desierit esse meus, promissor solvendô Pamphilum non liberabitur: quia in Pamphilo nec obligatio, nec solutio consistit. Idemque erit, si Pamphilus postea fiat meus.* L. 16. D. de verb. obligat. *quia res recidit in eam causam, à qua incipere non potuit. Secunda species haec est; stipulatus sum hominem generaliter: eadem est ratio stipulationis, & legati; ergo stipulatione non continetur is homo, qui tunc meus fuit. Et ita tamen est scriptum in d.* §. Stichum: unum ex his, qui tunc stipulatoris servi erant, dandô promissor liberabitur. *Quod rationem nullam habet: nam hâc stipulatione non continetur is homo, qui tunc fuit stipulatoris; sed de alio, non de suo sensit.* (sic legendum) *Et ut legatô homine generaliter, non continetur, qui fuit legatarii; ita nec is, qui fuit stipulatoris; & eadem est ratio stipulatoris, & legatarii: & legendum in illo* §. num ex his, qui stipulatori tunc servi erant, promissor dandô liberabitur? *ut & in specie tertia ejusdem* §. num mortuis duobus, qui alterius erant. *Si igitur quis hominem stipulatus sit generaliter, num ex his, qui tunc stipulatoris erant, postea servi esse desierunt, postea dandô liberabitur? & respondet*, vi quidem ipsâ, & hîc ex his dari stipulatus est, qui ejus non erant. *Ac si diceret; non tantùm prior*

prior ille, qui stipulatus est Stichum, & Pamphilum, intelligitur stipulatus eos, qui ejus non erant; sed etiam hic, qui homines est stipulatus generaliter, intelligitur vi ipsâ stipulatus ex his, qui tunc non erant ejus: & vi ipsâ, id est, tacitè, etiamsi non expresserit.

Idem CUJACIUS lib. 14. observat. cap. 20. eam emendationem probat, eandemque sententiam in not. Digestor. ad d. *L. qui decem.* 72. §. *Stichum. D. de solut. & liberat.*

MERILLIUS.) Exscripta est tota *observatio* 20. *lib.* 14. ex recitationibus ad Papin. *lib.* 17. *quaest. in l. Maevius.* 66. §. *duorum. D. de legat.* 2. ut & *observatio* 21. *ejusdem lib.* 14. *observat.* ubi observari potest, quomodò ex recitationibus suas observationes concinnaret. Duae sunt autem rationes, quibus movetur, ut hunc locum emendet. Prima, quòd Papinianus in d. *L.* 66. §. *non idem*, scripserit, eandem rationem esse legati generaliter, & stipulationis generaliter conceptae; puta, hominem dari. At legatô homine generaliter, solutio non consistit hominis, qui fuit legatarii; ita nec possit consistere hominis, qui fuerit stipulatoris. Si autem lectio Florentina retineretur, manifestô pugnaret Marcellus cum Papiniano. Verùm dici potest, non eandem esse rationem legati, & stipulationis. Nam ut differt legatum sub alternatione relictum, & stipulatio alternata: quod ostendimus *lib.* 2. *observat. cap.* 10. Ita & differt legatum generis à stipulatione generis. Promissor hominis quemlibet dandô liberatur: Heres, à quo legatum est generaliter, quemlibet dandô non liberatur. *L. legato.* 38. *D. de legat.* 1. Et quamvis recentâ lectione Florent. Marcellus pugnet cum Papiniano; novum non est, juris auctores circa regulam Catonianam in stipulationibus dissensisse. *L. existimo.* 98. & *L. pluribus.* 140. *D. de verb. obligat.* sive stipulatio ab initio inutilis veniret in eum casum, à quo incipere poterat: puta, si servus, qui meus erat tempore stipulationis, postea meus esse delineret: sive stipulatio ab initio utilis rediret in eum casum, à quo incipere non poterat; puta, si servus, qui erat alienus tempore stipulationis, postea meus factus sit. Alia ratio Cujacii est, quòd Marcellus in d. *L.* 72. §. *fingamus*, per interrogationem loquitur. Sed non ita apparet interrogatio in §. *Stichum*. Dicendum est igitur, Marcellum differentiam constituisse inter stipulationem alternatam, & stipulationem generis: & ratio differentiae afferri potest, quòd in stipulatione alternata (puta, Stichum, aut Pamphilum dari) vitium stipulationis appareat, cùm Stichus, aut Pamphilus fuerit stipulatoris: At in stipulatione generis, vitium illud non appareat, sed insit vi ipsâ stipulationis. At in stipulationibus alia ratio est expressi, & taciti. *L. eum, qui.* 138. *D. de verb. obligat.* Denique stipulatione alternatâ expressa est voluntas stipulatoris, ut Stichus, aut Pamphilus non detur, qui fuerit stipulatoris: At in stipulatione generis, id quidem tacitè inesse intelligitur, sed expressum non est. Ita mallem, dissidium inter Marcellum, & Papinianum agnoscere, quàm lectionem immutare.

De-

Defenditur lectio Florentina in L. 3. D. de servitute legata.

CAPUT IX.

MARCELLUS lib. 29. *Digestorum*, *in L.* 3. *D. de servit. legat.*

UT responsum est, cùm alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione, alteri purè legasset; pendente conditione * decessisset: quia alterius legatarii persona impedimento esset, quominùs solidus fundus cum via vindicaretur.

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 23.

Verba Marcelli haec sunt: Ut responsum est, cùm alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione, alteri purè legasset: pendente conditione decessisset. *Ubi pro*, decessisset, *emendandum esse assevero*, dies cessisset. *Ut enim in superiore casu dies pendente conditione cessit; ita & hoc casu diem ponit cessisse pendente conditione: atque ideo efficitur, ut inutiliter dies utroque casu cedat. Quinimò sic rursus affirmo legendum esse*: alteri purè legasset, & pendente conditione dies cessisset. *Quod si legas*, decessisset, *atque ita testatorem pendente conditione ponas decessisse; non statim efficies, ut viae legatum intereat; nisi priùs adierit heres, quàm extiterit conditio: quandoquidem non à morte testatoris, sed ab adita hereditate servitutes legatae cedunt: ut jam antè demonstravi* ex L. ult. D. comm. praedior. *& ita censeo.*

MERILLIUS.) Repetenda est tota legis species, ut de lectione constare possit. In ea Marcellus tres quaestiones attigit. Finge, ad primam: Testator fundum Cornelianum Maevio legavit per vindicationem, eidemque Maevio servitutem viae legavit per alium fundum, puta Sempronianum: deinde testator legavit Titio eundem fundum Cornelianum, quem antea Maevio legaverat. Cùm ita Titio, & Maevio fundus Cornelianus per vindicationem legatus fuerit, uterque fundum vindicare potest: quia in hoc genere legati, utrique solidum ab initio relictum esse intelligitur, & concursu partes fieri. *L.* 1. §. *interdum. D. de usufr. accresc. L. coheredi.* 41. §. *coheres. D. de vulg. & pup. subst. L. hujusmodi.* 84. §. *quibus. D. de legat.* 1. Maevio igitur, & Titio fundum vindicante, sine via legato fundus cedet: id est, Maevius habebit quidem partem fundi Corneliani, sed non habebit legatum viae per fundum Sempronianum: quia concurrente Titio in alia parte fundi Corneliani, Maevius habet tantùm partem fundi; & servitutem viae per partem fundo Corneliano non potest acquirere. *L. pro parte.* 11. *D. de servitutib. L. si quis.* 6. §. 1. *D. comm. praedior. L. ult. D. de servit. legat. L. pluribus.* 140. *D. de verbor. obligat.* Finge, ad secundam, Maevium priùs fundum Cornelianum vindicasse

deli-

deliberante Titio; postea Titium omisisse legatum. Pars Titii Maevio accrescit; quia licet separatim utrique fundus legatus esset, in hoc legato per vindicationem, cuique solidum ab initio relictum fuisse intelligitur. d. *L.* 1. §. *interdum. D. de usufr. accresc.* Titio igitur omittente legatum, vel non concurrente in parte fundi; totum fundum habet Maevius: & ideo legatum viae salvum est, puta, quod legatum erat Maevio per fundum Sempronianum. Finge, ad tertiam: Testator legavit fundum Cornelianum Maevio sub conditione, & legavit eidem Maevio viam purè per fundum Sempronianum. Vel, fundum Cornelianum purè legavit Maevio pro parte, & pro parte eundem legavit sub conditione; eidemque Maevio viam legavit purè, & sine conditione. Si pendente conditione dies legati fundi cesserit; puta, si adita hereditas fuerit; quo tempore dies legatae servitutis cedit. d. *L. ult. comm. praedior. L. si partem.* 19. §. 1. *D. Quemadmod. servit. amittant.* Eo casu legatum viae Maevio interibit: quia cum fundi Corneliani partem tantùm habeat, viam pro parte ei fundo non potest acquirere. Idque in aliâ simili specie probat Marcellus. Maevius, & Titius habebant fundum Cornelianum communem: Testator legavit Maevio viam purè per fundum Sempronianum; Titio sub conditione. Pendente conditione testator decessit, ejusque adita hereditas fuit: & ita dies servitutis legatae cessit. Servitus viae non debetur Maevio; quia Titius, cui sub conditione legata est etiam via, impedit, ne Maevius totam servitutem viae vindicare possit. Nihil igitur mutandum est in verbis Marcelli; sed tantùm supplendum est, testatorem pendente conditione decessisse, ejusque hereditatem aditam fuisse; & diem servitutis purè legatae Maevio cessisse, pendente adhuc conditione, sub qua Titio legata fuerat. Quod potiùs intelligendum videtur, quàm ut verba Marcelli immutentur.

Defenditur lectio Florentina in L. Quotiens. 41. D. de obligat. & actionib.

CAPUT X.

PAULUS lib. 22. ad edictum, in L. Quotiens. 41. D. de obligat. & actionib.

Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut solâ eâ actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere. Si eodem facto duae competant actiones; postea judicis potiùs partes esse, ut quo plus sit in reliquâ actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus; * id consequatur.

GU-

CUJACIUS lib. 3. observat. cap. 25.

Est in eadem quaestione de concurrentibus actionibus aliud mendum, nisi fallor, in extremo L. Quotiens. D. de obligat. & actionib. *Ait lex, eodem ex facto duabus competentibus actionibus, unâ si actum sit, & plus sit in reliqua actione, id actorem ferre; quod verissimum est. At si tantundem sit, vel minus, in reliqua actione, id actorem consequi ait. Imò verò nihil consequitur; nam actio reliqua omnimodò consumpta est. Itaque perspicuum esse puto, ibidem pro*, id, *legendum*, nihil: *ut si plus sit in reliqua actione, id actorem consequi; si tantundem, vel minus, nihil actorem consequi, lex dicat.*

CUJACIUS emendationem istam quoque tuetur ad lib. 22. Pauli ad edictum, in *L. Quotiens. D. de obligat. & actionib.* & in recitat. ad *tit. D. de obligat. & actionib.* in d. *L. Quotiens.*

MERILLIUS.) Legis appellatione per eminentiam lex 12. Tabul. intelligitur: sed tamen *L. quotiens. 41. D. de obligat. & actionib.* referenda est ad legem Aquiliam, ut suadet inscriptio *L. penult. D. arbor. furt. caesar.* & *L. 1. D. vi bonor. raptor.* quae jungendae sunt cum d. *L. 41.* ex eod. *lib. 22. Pauli ad edictum.* Si Titius arbores Maevii succiderit, utrâque actione Maevius adversùs Titium experiri potest, & legis 12. Tabul. & legis Aquiliae. Quamvis enim lex Aquilia ceteris legibus, & ipsi legi 12. Tabul. derogaverit. *L. 1. D. ad leg. Aquil.* tamen utraque concurrit. *L. 1. D. arbor. furt. caesar.* quia lex Aquilia tantùm derogavit ei parti legis 12. Tab. quae fuit de arboribus succisis. Sed finge, cum Maevius Titii arbores succidisset, priùs egit graviori actione; puta, legis 12. Tabul. postea non poterit agere ex lege Aquilia; quia gravior actio leviorem tollit. *L. qui servum. 34. D. de obligat. & actionib. L. 1. D. vi bonor. rapt.* Gravior est actio legis 12. Tabul. cujus poena fuit, viginti quinque aeris in singulas arbores succisas. Plinius *lib. 17. cap. 1.* seu assium libralium, ut Gellius ex 12. Tabul. interpretatur *lib. 20. cap. 1.* Levior est actio legis Aquiliae, quae est tantummodò in duplum damni dati. Finge contra, priùs Maevium egisse actione legis Aquiliae; adhuc poterit agere ex lege 12. Tab. quia levior actio graviorem non consumit, ut gravior leviorem. Verùm Paulus in d. *L. 41. D. de obligat. & actionib.* & d. *L. 1. D. vi bonor. raptor.* ait officium judicis esse, si leviori actione priùs actum fuerit, ut admittat reliquam actionem, non in totum, sed in id, quod amplius est in graviori actione, postquam leviori actione, actum fuerit. Ait Paulus in d. *L. 41. Ut quod plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus, id consequatur.* Ita habet lectio Florent. Cujacius legit, contrariò omnino sensu, *nil consequatur*. Movetur hac ratione, quia si in posteriori actione tantundem, aut minus est, quàm in priori actione; actor nil debet consequi: veluti si priùs actum fuerit vi bonorum raptorum, nihil debet consequi actione furti. d. *L. 1. D. vi bonor. rapt.* At verba illa debent intelligi, ut si quod amplius est in actione legis 12. Tabul. sit tantundem, vel minus, quàm quod Maevius consecutus fuerit actione legis Aqui-

Aquiliae; id praeterea consequatur: id est, Maevius debet consequi ex reliqua actione, tantundem, vel minus, quàm primâ actione consecutus fuerit. Et quidem verba illa, *si tantundem, aut minus*, in d. *L.* 41. *D. de obligat. & actionib.* referri non possunt ad actionem legis 12. Tabul. quia gravior est actione legis Aquiliae. Non est igitur tantundem, aut minus in ea actione; sed est semper aliquid amplius, quàm in actione legis Aquiliae: & nisi esset aliquid amplius, post actionem legis Aquiliae, ex ea agi non posset. Denique verba illa referri debent non ad totam actionem legis 12. Tabul. sed ad id, quod amplius est in ea actione: puta, ut si quod amplius est in actione legis 12. Tabul. sit tantundem, vel minus, quàm quod Maevius consecutus fuerit ex lege Aquilia, id praeterea consequatur. Ita lectio Florentina defenditur evidenter. Et ex hoc apparet, omni nisu priùs esse contendendum ad lectionis defensionem, quàm ut ad immutationem accedamus.

Defenditur lectio Florentina in L. si in emptione. 34. D. de contrah. empt. & *in* L. si judex. 41. D. de minoribus.

CAPUT XI.

PAULUS lib. 33. ad edictum, in L. si in emptione. 34. D. de contrab. empt.

SI in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum; neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit; cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominùs fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem * venditor intellexerit. Nec refert, quanti sit accessio; sive plus in ea sit, quàm in ipsa re, cui accedat, an minus: plerasque enim res aliquando propter accessionem emimus; sicut cum domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas ematur.

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 10.

* *In ea lege cùm Labeonis sententia refertur, sic scribendum esse reor:* Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem emptor intellexerit: *Emptoris pro Venditoris nomine restitutô. Quod etsi haec frequens nominum adfinium commutatio, & sententia Labeonis, relata in* L. Labeo, *& ipsa legum consequentia suadeat: satis adhuc tamen confirmari id etiam ex eo potest, quòd post ea verba subjungitur:* plerasque enim res emimus. *Nec jam ipse vereor affirmare, ita prorsus hunc locum restituendum esse.*

CUJACIUS eam emendationem tuetur *lib. 9. observat. cap. 37.* & *lib. 23. observat. cap. 31.* & in not. Digestor. ad *L. si in emptione. 34. D. de contrab. empt.* & in recitat. ad lib. 33. Pauli ad edictum, in d. *L. si in emptio-*

emptione. & ad lib. 5. Quaest. Papiniani, in *L. veteribus.* 39. *D. de pact.*

MERILLIUS.) Ita istam emendationem Cujacius enixè tuebatur, cùm à Guillelmo Fornerio reprehensus fuisset: saepe tamen illi contigit, ut ingenuè à priori sententia recederet; cum plenior lux veritatis affulsisset: quod aliàs ostendemus. Pluribus autem rationibus istam emendationem tuetur: Ex legum consequentia: Ex sententia Labeonis, quae est in *L. Labeo.* 21. *D. de contrab. empt.* cujusque Paulus meminit in d. *L.* 34. *eod.* Puta, quòd si venditor Stichum accessurum dixit, adversùs eum fieri debeat interpretatio: & ita Stichus debeatur, non quem venditor, sed quem emptor intellexerit. At venditoris est, legem dicere venditioni, & rei venditae aliam accessuram, non emptoris; ut probat *lib.* 23. *observat. cap.* 31. Denique ex Graecis interpretibus eam conatur asserere ad *lib.* 33. *Pauli ad edictum*, in d. *L.* 34. *D. de contrab. empt.* Retinenda est tamen lectio Florentina, quam & G. Fornerius in *lib.* 2. *Select. cap.* 18. & Anton. Contius in *notis ad d. L.* 34. & Petrus Faber Sanjorius ad *L. in contrahend.* 172. *de regul. jur.* defendi posse existimarunt: & Cujacius ipse defendi posse ait, in *L. comprehensum.* 60. *D. eod. tit. de contrab. empt.* Ubi & in d. *L.* 34. adversùs emptorem fit interpretatio obscurae pactionis: quia emptor dixerat, Stichum accessurum, & dolia accessura venditioni: & ita emptor servum emit, ut aliud servo accederet. *L.* 5. §. *ult. D. mandat.* Vel igitur ex parte venditoris, pactio obscura adjicitur, & adversùs eum fit interpretatio; vel ex parte emptoris, & adversùs eum quoque fit interpretatio, secundùm regulam veterum. *L. veteribus.* 39. *D. de pactis.* & d. *L. Labeo.* 21. *D. de contrab. empt.* Eademque distinctio est adhibenda in contractu locationis, ut modò adversùs locatorem, modò adversùs conductorem fiat interpretatio. d. *L.* 39. *de pact.* & *L. in lege.* 29. *D. locat.* & in stipulationibus, ut modò fiat adversùs stipulatorem. *L.* 2. §. *quid ergo.* 13. *D. de heredit. vel act. vendit. L. cùm quaeritur.* 26. *D. de reb. dub. L. stipulatio.* 38. §. *in stipulationib.* 18. *L. qui ex pluribus.* 106. *D. de verb. obligat.* modò adversus promissorem. *L. quicquid.* 99. & *L. si mihi.* 110. §. 1. *D. eod.* Ceterùm & in d. *L. si judex.* 41. *D. de minorib.* Cujacius lectionem Florent. mutat similiter, & ubi legitur: *nec queri poterit venditor*: legit ille, *nec queri poterit emptor*: & id magis videtur convenire. Sed tamen lectionem Florent. defendi posse alii observarunt; & ita defendi potest, si constituas minorem, eundemque venditorem queri non posse: si cum ab emptore velit pretium petere, utili exceptione submoveatur. Quia cum beneficio restitutionis uti noluerit, ipse se in ea causa constituerit, ut exceptione submoveri possit: quae tamen illi non objiceretur, nisi restitutionem implorasset.

Defenditur lectio Florentina in L. si quis. 4. §. si aversione. D. de pericul. & commod. rei vendit.

CAPUT XII.

ULPIANUS lib. vicesimo octavo ad Sabinum.

SI aversione vinum venit, custodia tantùm praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur; neque acorem, neque mucorem, venditorem praestare debere; sed omne periculum ad emptorem pertinere. Difficile est autem, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. Quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emptor poterit; & quoad degustaverit, periculum acoris, & mucoris ad venditorem pertinebit. Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem * emptoris facit.

CUJACIUS lib. 23. observat. cap. 34.
Simili modò in L. 4. §. si aversione. D. de pericul. & commod. rei vendit. *cùm dixisset idem Ulpianus, die degustationi vini venditi non praestitutò, quoad degustaverit emptor, periculum acoris, & mucoris ad venditorem pertinere, inconsequenter subjicit*: dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emptoris facit. *Nec adduci possum, ut credam unquam Ulpianum ita scripsisse*: *sed vel hoc modò*: dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem venditoris facit: *scilicet, non in infinitum, sed in eam diem duntaxat periculum venditorem respicit. Vel hoc potiùs*: dies enim degustationi non praestitutus meliorem conditionem emptoris facit. *Quia scilicet in infinitum periculò eximit emptorem, quoad vinum degustare, & probare commodum ei fuerit. Relativa nomina saepe in scribendo permutantur*: *& haec ipsa, ut jampridem ostendi* in L. 34. D. de contrah. empt. *&* L. 5. C. qui manumitt. non poss.

MERILLIUS.) In *L. si judex.* 41. *D. de minorib.* & *L. si in emptione.* 34. *D. de contrah. empt.* locò *venditoris*, repositum fuerat, *emptoris*: at in hac *L.* 4. locò *emptoris*, reposuit, *venditoris*: sed lectio Florentina retineri potest. Etenim si vinum in mensura certa vaeneat, ante mensuram periculum est venditoris; atque etiam ante degustationem. *L. quod saepe.* 35. *§. in his. de contrah. empt. L.* 1. *D. de pericul. & commod. rei vendit.* Sed si singula dolia veneant, aut per aversionem, statim emptoris est periculum, licèt degustaverit, vel non. *L.* 4. *§. si aversione.* & *L. si vina.* 15. *D. de pericul. & commod. rei vendit.* Quid sit per aversionem vendere, ostendimus *lib. 6. observat. cap.* 25. Finge igitur, vinum simpliciter venisse per aversionem, nec quidquam de vini degustatione dictum fuisse; periculum erit emptoris, si vinum acorem, aut mucorem contraxerit, quasi perfectâ jam venditione. d. *L. quod saepe.* 35. *§. in his.* *D. de*

D. de contrah. empt. Sed si convenerit, ut vinum per aversionem venditum degustaretur; si quidem dies degustationi praestitutus non fuerit, in infinitum est periculum venditoris, donec emptor degustaverit: veluti & die praestitutô periculum est venditoris, donec degustetur. Quod hisce verbis Ulpianus intelligere voluit, secundùm lectionem Florentinam: *Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emptoris facit*. Ita enim rationem ducere voluit à die praestituto ad diem non praestitutum: ut quemadmodum die praestitutô degustationi, periculum est venditoris; meliorque est conditio emptoris, ut intra diem praestitutum degustationi de periculo non teneatur: Ita & die non praestitutô emptor de periculo teneri non debeat, donec vinum fuerit degustatum. Differentia est tamen inter diem praestitutum degustationi, & non praestitutum: quia si praestitutus fuerit, emptor tenetur intra diem degustare, & si non degustaverit, periculum eum respicit: si non praestitutus fuerit, quandocunque degustare poterit; & semper periculum venditorem respicit, donec emptor degustaverit.

Defenditur lectio Florentina in L. fidejussor. 26. *in princip.* D. de pignorib. & hypothec.

CAPUT XIII.

MODESTINUS lib. 4. Responsor. in L. fidejussor. 26. in princip. D. de pignorib. & hypothec.

Fidejussor impetravit à * potestate, ut & antequàm solveret, pignorà ipse possideat, quasi satisfacturus creditoribus, nec satisfecit. Modò heres debitoris paratus est solvere creditoribus. Quaero, an pignora fidejussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit, cogendum esse.

CUJACIUS ad lib. 4. Responsor. Modestini, in *L. fidejussor. 26. D. de pignorib. & hypothec.*

Hoc verò responsum est de fidejussoribus, qui pignora impetrant à Principe, ut possideant jure dominii, sub onere dimittendorum creditorum. Lego in contextu hujus responsi, impetrant à Principe, *non* à potestate: *quoniam hoc solus Princeps concedere potest.*

MERILLIUS.) Ita emendandum existimat, quasi potestatis verbum pertineat tantùm ad magistratus, *L. potestatis. 215. D. de verbor. significat.* non ad Principem, qui celsior est omni magistratu. At potestatis verbum etiam pertinet ad eos, qui habent gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quae & per eminentiam potestas appellatur.

tur. *L. 3. D. de jurisdict.* Eam autem gladii potestatem penes Principem fuisse constat, qui ideo gestabat gladium, ut de Vitellio Tacitus *lib. 3. Historiar.* Eoque respicere voluit D. Paulus in *epist. ad Romanos cap. 13.* ubi versio vulgata rectè habet: *Non vis timere potestatem?* id est, Principem; quem gladium gestasse, ait ad animadvertendum facinorosos homines. Quanquam & eo tempore, quo D. Paulus scribebat, Tigellinum habuisse gladium Neronis, scribit Philostratus, *lib. 4. de vita Apollonii*: id est, fuisse Praefectum Praetorio, & gladium ante Principem gestasse. Ita & versio vulgata rectè habet, Matthaei *cap. 8. Nam & ego sum sub potestate constitutus*; id est, Caesare, aut etiam Praeside Provinciaae, qui in partibus Judaeae habebat Imperium merum, & potestas dicebatur. Neque erat, cur hujusce rei inscii vulgatam istam lectionem attentarent. Hic igitur potest intelligi, fidejussorem impetrasse à Principe, ut pignora jure dominii possideret; ut in *L. eleganter. 24. D. de pignor. act.* Intra annum tamen permittebatur debitori offerre debitum creditori, atque ita pignus recuperare. *L. si is, qui. 63. §. ult. D. de acquir. rer. dom.* Quod cum pietatis intuitu permissum esset ipsi debitori, *L. ult. §. 3. C. de jur. dom. impetrand.* personale videtur fuisse beneficium, nec transiisse ad heredes debitoris, si fidejussor creditori satisfecisset; ut ex hoc loco deprehenditur. Et quia hic non satisfecerat, ideo pignora heredibus debitoris restituere cogitur.

Defenditur lectio Florentina, in L. penult. D. de jur. codicillor. *ibique ostenditur, non subesse notam Ulpiani ad Marcellum.*

CAPUT XIV.

MARCELLUS lib. 14. Digestorum, in L. penult. D. de jur. codicillor.

IS, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus, herede eo, & quem postea procreavit: agnatione sui heredis nemo dixerit, codicillos evanuisse. Igitur si nihil tum de postumis speravit; & codicilli non evanescent, & quae relicta sunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur; non etiam postumus. Sed & si codicillos reliquisset, duobus superstitibus filiis decedens, cum putaret, alterum ex his prius decessisse; simili modò dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli, atque si solus heres extitisset patri. * Imò duntaxat partem debet. Eorum tamen, quae pro parte praestari non possunt, nihil eorum praestandum: quoniam illi non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum.

GU-

CUJACIUS tract. .... ad Africanum, in *L. sed cum.* 15. *D. de jur. codicillor.*

Nota Ulpiani d. L. penult. *incipit ab his verbis*: imò duntaxat partem debet. *Quod etsi Florentinis non sit scriptum, tamen verissimum esse ostendunt* L. 27. D. de pignor. & L. 28. D. de administrat. tut. *Sequitur*: Eorum tamen, quae pro parte praestari non possunt, nihil eorum praestandum. *Ubi, ne quid obstet, adnotandum, nihil eorum praestandum; sive relicta sit servitus, sive libertas fideicommissaria; nisi offeratur aestimatio partis*. L. cum filius. D. de legat. 2. *nam & solida ea filius praestare non potest, nisi redimat partem à coherede*. L. qui gravi. 11. & seq. h. t. *Ex nota Ulpiani, d.* L. penult. *nimis properè, & inconcinnè Marcelli verbis inserta sunt haec* pro parte dimidia, *prima parte: nam ut casu posito secundâ parte, palàm filium, à quo pater nominatim codicillis fideicommissa reliquerat, Marcellus fideicommissis obligat insolidum: & similiter modò, ut ipse ait, primò. Utroque igitur casu insolidum: Ulpianus utroque pro parte dimidia.*

MERILLIUS.) Ulpianus quidem notas scripserat ad libros Digestorum Marcelli, ut constat ex *L. si quis.* 41. *D. ad leg. Aquil. L. servum, quem.* 27. *D. de pignorib. & hypothec. L. tutor.* 28. *D. de administrat. & pericul. tutor. L. Aristo.* 9. *D. de jur. codicill.* Non tamen putarem, subesse notam Ulpiani in *L. is, qui. penult. D. eod. tit. de jur. codicillor.* quae deest in Pandect. Florent. Finge; Pater codicillos ab intestato fecerat, & in iis quaedam à filio reliquerat: natus postumus, de quo pater nihil speraverat, partem hereditatis fratri abstulit. Ait Marcellus, filium codicillis relicta tantùm pro dimidia parte debere. Idque etiam aequitatis ratione, & edicti perpetui auctoritate Papinianus probat, *L. cum pater.* 77. *§. cum existimaret.* 29. *D. de legat.* 2. Postea similem speciem Marcellus subjicit in d. *L. penult. D. de jur. codicillor.* Pater cum duos filios haberet, Primum, & Secundum, putabat Secundum decessisse, & codicillos ad Primum scripsit, & fideicommissa ab eo reliquit. Marcellus ait, dici posse, Primum omnia codicillis relicta debere, quòd ad eum Pater codicillos scripsit. Sed hoc proponit Marcellus dubitationis locò: Tandem verò concludit, Primum partem debere: *Imò duntaxat partem debet*. Quibus verbis notam Ulpiani subesse existimavit Cujacius. Sed si dubitatio Marcelli pro sententia ipsius capiatur, pugnaret secum Marcellus, cum diceret in prima specie, filium relicta codicillis pro parte dimidia debere; in secunda specie, omnia, sive integra fideicommissa debere. Non est igitur nota Ulpiani ad Marcellum; sed Marcelli ipsius dubitatio. Nec ut existimes, Marcellum sensisse à filio omnia fideicommissa deberi, juvat *L. post emancipationem.* 40. *D. de legat.* 3. quasi Scaevola Marcello consenserit, ibi quidem parte hereditatis ablatâ patruo, nihilominus insolidum fideicommissa praestat: quia voluntas fuerat ejus, qui codicillos fecerat, ut patruus haberet tantùm dimidiam partem hereditatis, cum onere fideicommissorum: & voluit, avunculum aliam partem habere, si non jure successionis, saltem jure fideicommissi: & ideo licèt avunculus partem hereditatis abstulent,

lerit, patruus solida fideicommissa debet. At in d. *L. penult. D. de jur. codicillor.* pater de postumo nil speraverat, & putabat, alterum ex filiis decessisse: & ita verisimile est in utraque specie, patrem non aliter filium fideicommissis onerasse, quàm quòd eum solum sibi successorem futurum speraret. Equidem in secunda specie cum pater putaret unum ex filiis decessisse, major erat dubitatio, an filius omnia fideicommissa deberet; quasi & ab eo aliàs relicturus fuisset, etiamsi duos filios superstites habuisset: quam Marcellus proponit. Sed sententia ejus est, ut partem tantùm debeat: veluti & in prima specie, quia in utrâque eadem est conjectura voluntatis.

Defenditur lectio Florentina in L. solutione. 18. D. ad exhibend.

CAPUT XV.

ULPIANUS lib. 6. Opinionum, in L. solutione. 18. D. ad exhibend.

Solutione chirographô inani factô, & pignoribus liberatis; nihilòminus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quàm debitore exhibeantur, agere potest.

CUJACIUS *lib. 9. observat. cap. 7.*

Legem 18. D. ad exhibendum, *emendandam esse censeo, ita ut in ea pro* creditor, *reponatur* debitor; *pro* debitore, creditore. *Confirmor* Βασιλικῶν *metaphrasi, quam subscribam.* Ὁ χρεώστης καταβαλὼν ἅπερ ὠφειλε, κινεῖ τὴν ἀποκαταστατικὴν ἀγωγὴν, ἀπαιτῶν τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀποδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i.e. Debitor solutis, quae debet, litem de restitutione intentat, petens chirographum, seu schedam sibi exhiberi, & alia jura pertinentia ad contractum. *Confirmor* L. ult. C. ad exhibend. *quae usurpatis verbis ipsis* L. 18. *debitori non creditori dat actionem ad exhibendum.*

MERILLIUS.) Probat emendationem suam ex *L. ult. C. ad exhibend.* & ex metaphrasi Basilicῶν, ubi datur actio debitori ad exhibendum, non creditori. Et id quidem verum est, competere debitori actionem ad exhibendum. Sed & creditori competere potest, ut in d. *L.* 18. Nam si ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. *L. penultim. D. eod.* creditoris interesse potest, tabulas licèt inanes solutione factas sibi exhiberi: puta, si calumnietur debitor, indebitum solutum esse. *L. qui tabulas. 27. D. de furt.* Praeterea metaphrasis Basilicῶν pertinet ad d. *L. ult. C. ad exhiben.* non ad d. *L.* 18. quae jungenda est cum *L. petenti. 27. D. de*

D. de pign. act. ex eod. *lib.* 6. *Opinionum* Ulpiani, ubi agitur & de actione ad exhibendum, & de pignoribus solutione liberatis.

Defenditur lectio Florentina in L. heres. 19. §. proinde. D. de judic. L. penult. D. de dot. praelegat. & L. Lucius Titius. penult. §. testator. D. de legat. 2.

CAPUT XVI.

ULPIANUS lib. 60. *ad edictum, in L. heres.* 19. §. *proinde. D. de judiciis.*

PRoinde & si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit; videtur, nisi alio loci ut defenderet, convênit, ibidem se defendere.

PAULUS lib. 2. *ad Vitellium, in* L. penult. D. de dot. praelegat.

Qui dotem à matre uxoris acceperat, & stipulanti ei promiserat testamentò uxori dotem legavit. Cum quaesitum esset, an uxor dotis summam consequi posset; respondit Scaevola, non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi. Alias sic respondit, non videri (nisi manifestè uxor docuisset) eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici praestatione dotis vellet.

PAULUS libro quartodecimo Responsorum, in L. penult. §. testator. D. de legat. 2.

Testator legata ante quinquennium vetuit peti, praestarique; sed heres quaedam suâ sponte ante quinquennium solvit. Quaesitum est, an ejus, quod ante diem existentem solutum est, repraesentationem in reliqua solutione legati reputare possit. Respondi, non propterea minus relictum videri, quòd aliquid ante diem sit solutum.

CUJACIUS *lib.* 11. *observat. cap.* 13.

Ulpianus in L. heres. D. de judic. *cum in* §. 1. *edictum proposuisset, quo omnis obligatio certo loci contracta, fori praescriptioni subtrahitur*; *mox intulit*, Proinde & si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit; debebit (nisi alio loci ut defenderet, convênit) ibidem se defendere. Et postea. *Lego pro*, videtur, debebit: *quae menda est frequens in Pandectis*. L. penult. D. de dot. praelegat. L. penult. §. testator. D. de legat. 2.

MERILLIUS.) Leves sunt istae emendationes; sed quid opus est lectionem immutare, ubi aliter sensus erui potest? ut quidem eruitur in *L. heres*. §. *proinde*. *D. de judic.* Nam ea est Ulpiani sententia: Eum, qui

qui certò loco merces comparavit, vel distraxit, ibi videri se defendere, quòd ibi merces comparaverit, vel distraxerit. In *L. penult.* §. *testator. D. de legat.* 2. ea est Pauli sententia: Cum heres legatum ante diem solvisset, quo testator praestari voluerat, non videri minus relictum à testatore; nec heredem legati ante diem soluti repraesentationem reputare posse. Quanquam enim minus solvit, qui tardiùs solvit; & minus tempore solvisse intelligitur, *L. ut si.* 12. §. 1. *D. de verbor. significat.* non tamen plus solvit, qui citiùs solvit, & in legati solutione voluntatem testatoris antevenit. Nec enim minus relictum est, quod tardius praestari voluerit. Et in his quidem duobus locis, in *L. heres.* §. *proinde. D. de judic.* & in *L. penult. D. de legat.* 2. emendatio JCtorum apertiorem sententiam facit. At in *L. penult. D. de dot. praelegat.* omnino lectio Florentina retineri debet vel adsertore Modestino, qui responsum Scaevolae iisdem ferè verbis retulit, *L. Titia.* 34. §. *qui invita.* 5. *D. de legat.* 2. *Non esse verisimile, duplici praestatione dotis heredem suum onerare voluisse.* Scaevola ait, *non videri*: Modestinus, *non esse verisimile*. Sed quidem apertior erit lectio Florentina in d. *L. penult. D. de dot. praelegat.* si ita interpungatur: *Non videri (nisi manifestè uxor docuisset) eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici praestatione dotis vellet.*

Defenditur lectio Florentina in L. si servus plurium. 50. §. 1. D. de legat. 1.

CAPUT XVII.

ULPIANUS lib. 24. *ad Sabinum, in L. si servus.* 50. §. 1. *D. de legat.* 1.

SI hereditatis judex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam, vel lusoriè agentem; nihil hoc nocebit legatariis. Quid, ergo si per injuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocabit? injuria ei facta * non nocebit legatariis, ut & Sabinus significat.

CUJACIUS lib. 2. observat. cap. 7.

Opponitur L. 3. D. de pignorib. *cui multae aliae consimiles adjunguntur: ex quibus hoc efficitur, victoriam legitimi heredis legatariis, & libertatibus nocere; sive sciverint, sive ignoraverint, heredem scriptum de re litigare: praeterquàm si collusum sit, ex constitutione Antonini Pii; vel si heres praescriptione superatus sit, ex constitutione Fratrum. Quòd si per injuriam judicis superatus sit, injuriam ei factam verius est legatis, & libertatibus nocere. Alioqui nulla erit differentia inter creditorem, & legatarios, eosve, qui libertatem acceperunt: quod Papinianus negat in d.* L. 3. *& ideo putem in* L. si servus plurium. §. 1. D. de legat. lib. 1. *negatio-*
nem

nem abundare, ac legendum ita; injuria ei facta nocebit legatariis. *Nocebit autem, si secundùm heredem legitimum fuerit judicatum; non item, si secundùm substitutum: quoniam substitutus est successor testamentarius.*

Idem CUJACIUS suam emendationem tuetur adversùs Joannem Robertum, quem intelligit *lib.* 16. *observat. cap.* 32. & ad lib. 20. Quaestionum Papiniani, *L.* 3. *D. de pignorib. & hypothec.* Ubi affirmativè legendum esse ait; Injuria facta heredi scripto, nocebit legatariis.

MERILLIUS.) Quaestio est, an si heres scriptus, seu testamentarius, victus fuerit ab herede legitimo in petitione hereditatis, sententia adversùs heredem scriptum lata noceat legatariis. Ulpianus in *L. si servus.* 50. §. 1. *D. de legat.* 1. ait, si judex contra heredem pronuntiaverit, *nihil hoc nocebit legatariis*. Papinianus in *L.* 3. §. 1. *D. de pignorib. & hypothec.* ait, nocere legatariis, licèt non noceat creditoribus; quia, inquit, legatarii non bene per omnia creditoribus comparantur. Ideo Cujacius, ut aliqua inter legatarios, & creditores differentia constituatur, negationem expungit ex d. *L.* 50. Veruntamen ibi lectio Florentina retineri debet, quam & Joannes Robertus retinendam esse contendit. Viderat ille plerosque locos apud Cujacium adnotamentis dignos, quos & aggressus est, & oppugnavit. Sed non erat Roberto ea vis ingenii, ut acriter repugnantem expugnare posset. Veluti qui urbes obsident, plerumque vident portarum effracturas, murorum disjectiones arietantibus machinis factas; sed desunt ipsis copiae, ut obsessos fortiter stantes valeant perrumpere. Distinctio videtur adhibenda, an sententia lata fuerit adversùs heredem non agentem causam, vel lusoriè agentem: & ea non nocet legatariis. d. *L.* 50. ut nec libertatibus. *L. statuliberi.* 29. §. *Quintus. D. de statuliber.* nec auctori, si adversùs emptorem lata fuerit. *L. si per imprudentiam.* 51. *D. de evictionib.* Nec igitur nocebit creditoribus; & in eo creditores legatariis comparari possunt. Sed si sententia jure lata fuerit adversùs heredem, nocet legatariis, & libertatibus. *L. Papinianus.* 8. §. *penult. D. de inoffic. testam.* Quae tamen non nocet creditoribus: & in eo creditores, & legatarii non comparantur. Ratio differentiae est, quia in petitione hereditatis, quam aut heres scriptus instituit adversùs heredem legitimum, aut legitimus heres adversùs heredem scriptum, agitur de jure testamenti: Cum igitur pronuntiatum fuerit adversùs heredem scriptum, nec legata, nec libertates debentur. At non agitur de jure pignoris, quod rectè contrahi potuit: & fortè heres rectè se non defendit, & vincere potuit, qui victus est. *L. argentarius.* 10. §. *cum autem. D. de edend.* Et ideo creditores possunt persequi jus pignoris, quod heres, idemque debitor contraxerit; licèt ab herede legitimo victus fuerit.

Defenditur lectio Florentina in L. 2. §. si legatarius, D. quod legator.

CAPUT XVIII.

PAULUS *lib.* 63. *ad edictum, in L.* 2. §. *si legatarius. D. quod legator.*

SI legatarius repromissione retentus fuit, dandum est interdictum. Idem dicendum est, si legatarius pignoribus * noluit sibi caveri.

CUJACIUS ad lib. 63. Pauli ad edictum, in *L.* 2. §. *si legatarius. D. quod legator.*

Legendum in hoc §. voluit; *non ut in Florentinis*, noluit.

Idem CUJACIUS ad lib. 3. Quaestionum Pauli, in *L. si legati.* 28. *D. de pignorib. & hypothec.*

Ubique vulgò rectè: Idem dicendum est, si legatarius pignoribus voluit sibi caveri: *malè Florentinae*, noluit.

MERILLIUS.) Utramque lectionem agnovit Accursius, & utraque rationem habet; nec interest, hoc, vel illo modo legeris: sed tantillum Florentinam mutare religio est, cum defendi possit. Satisdatur personis, aut rebus; fidejussoribus, aut pignoribus. Cavetur etiam nudâ repromissione. *L.* 2. §. *penult. D. de jud. L.* 4. §. 8. *D. de fideicommiss. libertatib.* In quibusdam sufficit nuda repromissio; In quibusdam sufficit cautio pignorum; In aliis satisdare oportet personis, seu fidejussoribus, ut in Praetoriis stipulationibus. *L.* 7. *D. de praetor. stipulat. L.* 3. §. 1. *D. si cui plus, quàm per leg. Falcid. L.* 4. §. 1. *D. rem pupilli, vel adolesc.* At verò stipulatio legatorum praetoria est; & tamen sufficit cautio pignorum: puta, si is, cui caveri oportet, contentus fuit pignoribus; ut *L. si legati.* 28. *D. de pignorib. & hypothec. L.* 1. §. *jubet. D. de collat. L.* 2. §. *si legatarius. D. quod legator.* ubi lectionem Florentinam necesse non est immutare. *Idem dicendum est, si legatarius noluit sibi pignoribus caveri.* Puta, legatarium nudâ repromissione contentum fuisse, cum fidejussorem accipere potuisset: & pignoribus sibi caveri noluisse, cum pignora accipere potuisset. Utroque modô rectè cavetur, hoc, vel illo. *L. si mandatu.* 59. §. *ult. D. mandat. L. habere.* 188. *D. de verbor. significat.* At in praetoriis stipulationibus, ubi satisdari oportet, si is, à quo cautio exigitur, cavere velit pignoribus, non cavebit idoneè. d. *L.* 7. *D. de praetor. stipulationib.* Sed is, qui cautionem exigit, potest contentus esse pignoribus, atque etiam nudâ repromissione, si pignoribus sibi caveri noluit; ut habet lectio Florentina.

Defen-

Defenditur lectio Florentina in L. eum, qui. 13. D. de jurisdict.

CAPUT XIX.

VLPIANUS lib. 51. ad Sabinum, in L. eum, qui. 13. D. de jurisdict.

Eum, qui judicare jubet, magistratum esse oportet. Magistratus autem, vel is, qui in potestate aliqua sit (ut puta * Proconsul, vel Praetor, vel alii, qui Provincias regunt) judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.

CUJACIUS in prima recitatione ad *tit. de jurisdict. in L.* 13.
Malim autem in hac L. 13. *ita legere*: ut puta Consul, vel Praetor, *Atque ita in* L. 3. §. ult. de arbitr. *in aliquo magistratu positus, vel potestate, Consul fortè, vel Praetor. Deinde sequitur in hac L.* vel alii, qui Provincias regunt: *hi sunt potestates, veluti Praesides, aut Proconsules.*
Idem CUJACIUS in secunda recitatione ad *tit. de jurisdict. in L.* 13.
Magistratus autem, inquit, vel qui in potestate aliqua sit, ut puta Proconsul, vel Praetor. In *potestate, hoc est, qui pro magistratu sit, ut Proconsul, aut Propraetor: & quia praecedit Proconsul hoc loco, quasi communi repetitô illô articulô*, pro, *quod sequitur*, vel Praetor, *sic accipi debet*, vel Propraetor, *omnino; ut in* L. penult. *inf.* ad leg. Jul. repetund. Quod contra legem repetundarum Proconsuli, vel Propraetori donatum est, non poterit usucapi.

MERILLIUS.) Magistratus sunt, vel Pop. Rom. vel magistratus municipales. Hi, & illi magistratuum nomine possunt intelligi. Quandoque dicuntur cum adjectione, magistratus Pop. Rom. quandoque magistratus municipales. Sed & isti plerumque simpliciter magistratus. *L. cum alicui.* 26. & *L. ex facto.* 30. *D. de negot. gest. L. si privatus.* 17. *D. qui, & à quib. manumiss.* & in *tit. de magistratib. conveniend.* Haec autem *L.* 13. pertinet ad magistratus Pop. Rom. qui sunt cum imperio. *L.* 2. *D. de in jus vocand.* & propter vim imperii judices dare possunt. *L. cum Praetor.* 12. *D. de judic:* jubere, judicare. *L.* 3. *D. de jurisd.* cogere judicare; vel vetare judicare. *L. judicium.* 59. & *L. de qua.* 74. *D. de judic.* Nec tantùm magistratus judices dare possunt; sed & qui aliquâ potestate praediti sunt à Principe. *L. penult. D. de judic.* puta, legati Caesaris, seu Imperatoris. *L. legatus.* 20. *D. de offic. Praesid. L. hos accusare.* 12. *D. de accusat. & inscript.* Vtroque in loco Cujacius lectionem Florentinam immutavit, in hac *L.* 13. levissimâ quidem emendatione, sed quae tamen mentem Ulpiani aliò torquet. Praemisit enim magistratus, puta Proconsulem, & Praetorem; deinde eos, qui sunt aliquâ praediti potestate: quorum exempla non subjecit. Movebat Cujacium in prima emen-

emendatione, quòd non putaret, Proconsulem esse Pop. Rom. magistratum: & ideo *Consul* reposuit. Movet in secunda emendatione, quòd Ulpianus eorum exempla subjicere voluerit, qui sunt aliquâ praediti potestate, puta Proconsulis, aut Propraetoris. Utrumque à mente Ulpiani alienum; siquidem Proconsul, licèt generali appellatione Praesidis Provinciae intelligatur, ut & omnes alii Provinciarum rectores. *L.* 1. *D. de offic. Praesid.* Tamen fuit Pop. Rom. magistratus. Gellius *lib.* 2. *cap.* 2. de Praeside Cretae Provinciae: *Sedeat hic potius Pop. Rom. magistratus.* Quae Provincia Proconsularis fuit, ut auctor est Dio *lib.* 53. & Proconsul Cretae dicitur. *L. Divus*, 14. *D. ad SCtum Turpil.* Nec Praetoris nomen etiam mutari debuit; quia sunt illi duo Pop. Rom. magistratus, Proconsul, & Praetor. Generaliter verò subjicit eos, qui sunt in potestate, & qui non sunt magistratus, ut sunt Provinciarum rectores; alii à Proconsulibus, quique distinguuntur à magistratibus. *L.* 3. *D. quod met. caus. L. penult. D. de judic. L.* 1. *&* 3. *D. ad leg. Jul. majestat. L. hos accusare*, 12. *D. de accusat. & inscript. L. aliud est*, 131. *D. de verbor. signific.* Haec est igitur mens Ulpiani in hac *L.* 13. ut per Proconsulem, & Praetorem, magistratus Pop. Rom. intelligat, qui judices dare possunt: Praetor quidem, more majorum; Proconsul, lege. d. *L.* 12. *D. de judic.* Et opus fuit lege, ut Proconsul judicem dare posset, cum in Provincias mitteretur; ut non solùm Consulis, sed etiam omnium magistratuum munia exerceret; plenissimamque haberet jurisdictionem. *L. si in aliam*, 17. *§. cum plenissimam. D. de offic. Proconf. & legat.* quâ lege dabatur ei jurisdictio, eâdem lege dabatur & judicis datio, ut in fragmento legis Agrariae, *Jurisdictio, judicis datio.* Generaliter verò Ulpianus eos subjicit, qui potestate aliquâ praediti sunt, post magistratus P. R. ut sunt provinciarum rectores, qui non sunt magistratus, & à magistratibus distinguuntur; & tamen imperium habent. *L.* 4. *D. de offic. Praesid.* & judices dare possunt. d. *L.* 12. *D. de judic.* Ita ergo lectio Florentina ab emendatione meritò defendi potest. Neu verò quis miretur, nos minutias istas emendationum consectari, quae nec contemnendae sunt, & gravioribus inquirendis causam praebuerunt.

Defenditur lectio Florentina in L. 4. §. eadem. 17. D. de fideicommiss. libertatib.

CAPUT XX.

ULPIANUS lib. sexagesimo ad edictum, in L. 4. *§. eadem.* 17. *D. de fideicommiss. libertatib.*

EAdem constitutio prospexit, ut si fiscus bona admiserit, aequè libertates competant. Ergo sive jacent bona fisco spernente, sive adgnoverit

verit; constitutio locum habet. Ceterùm si alia ratione adgnoscat; apparet; cessare debere constitutionem. Quare & si * caducis legionis bona delata sint, idem erit probandum.

CUJACIUS in not. ad lib. sing. Reg. Ulpiani, *tit. 28. de possessionib. dand.*

In L. ergo. §. eadem constitutio. de fideicomm. libert. *illo loco*: Quare & si caducis legionis; *vel, ut alii codices habent*, caducis legionibus bona delata sint, idem erit probandum. *Nam*, caducariis legibus, *legendum esse, omni asseveratione confirmamus; id est*, legibus Juliis: *quae enim delata dicuntur, legibus delata ut sint, necesse est. Denique hoc significat, vacantibus bonis fisco vindicatis, constitutionem cessare; ut in* L. quod Divo. D. de manumiss. testament. *Hae verò notae*, Cad. leg. *errori causam dedere.*

Idem CUJACIUS in notis Digestor. ad *L. 4. §. eadem. D. de fideicom. libertat. in verb.* & si caducis legionis.

Legendum, caducis legibus. *vide scripta ad* tit. 18. fragm. *Ulpiani. Licèt Graeci hoc malè secuti sint, & hunc §. explicent ex* L. 6. §. ejus, qui, *supra*, de injust. rupt. testam.

MERILLIUS.) Pagani intestati deficientibus cognatis bona populo deferuntur, militis intestatò mortui, cui cognati non sunt, bona legioni vindicantur. *L. 6. §. ejus, qui deportatur. 5. D. de injust. rup. & irrit. fact. testam.* Quo exemplo voluit Constantinus, ut bona Martyrum, quasi militum Christi, qui intestati, & sine cognatis morerentur, Ecclesiae haberent. Eusebius *lib. 2. de vit. Constant. cap. 21. & 36.* τὰς οὐσίας ἐκέλευε τοὺς τῷ γένει προσήκοντας ἀπολαμβάνειν: εἰ δὲ μὴ τούτων τις εἴη, τὰς ἐκκλησίας ὑποδέχεσθαι τοὺς κλήρους. *Martyrum substantias jussit genere proximos accipere: si nullus eorum fuerit, Ecclesias habere hereditates.* Sed quas Ecclesias? an ubi baptismum acceperant? vel ubi clerici inscripti fuerant, & titulum habebant? ut milites in numeris: quod ostendimus *lib. 3. observat. cap. 2.* vel ubi martyrium passi fuerant: πατρὶς γὰρ μάρτυρος, τοῦ πάθους ἡ χώρα. πολῖται δὲ καὶ συγγενεῖς οἱ περιστείλαντες καὶ ἔχοντες καὶ τιμῶντες. *Patria martyris, est locus passionis: cives, cognati, qui eam protegunt, habent, venerantur.* Quare nihil mutandum est in *L. ergo. §. eadem. D. de fideicommiss. libertatib.* ex lectione Florent. *Si caducis legionis bona delata sint, idem erit probandum*: quia bona militis intestatò mortui absque cognatis, legioni vindicantur: & ea sunt caduca legionum. Et hinc fortè *Librarii caducorum* apud Paternum *lib. 1. militarium*, in *L. ult. D. de jur. immunit.* qui rationes hujusmodi caducorum conficerent: quibus junguntur in d. *L. ult. Librarii depositorum*, litterati homines, qui pecuniam militum apud signa depositam servarent, singulisque rationes redderent. Vegetius *lib. 2. de re milit. cap. 20.* Graeci interpretes istam expositionem, in d. *L. 4. §. eadem. D. de fideicom. libertat.* attulerunt, *lib. 45. Basilicῶν*, ut ex eis refert Cujacius ad d. *L. 6. §. ejus, qui. D. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.* & in notis Digestorum ad d. *L. 4. §. eadem. D. de fideicommiss. libert.* Cujacius priùs notas

scri-

scripserat ad *lib. sing. Regul.* Ulpiani, antequàm incideret in Graecos interpretes. Sed si in eos priùs incidisset, haud dubito, quin eorum sententiam probaturus fuisset, ut aliàs plerunque injustè tueri voluit.

Defenditur lectio Florentina in L. obligari. 43. D. de obligat. & actionib.

CAPUT XXI.

PAULUS lib. 72. ad edictum, in L. obligari. 43. D. de obligationib. & actionib.

OBligari potest paterfamilias, * suae potestatis, pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur.

CUJACIUS in Recitationib. ad tit. de obligat. & actionib. in *L. is, qui. 45. D. de obligat. & actionib.*

At, ut breve faciam, & paucis dicam quod in re est, sine quo nodus ille expediri non potest: ea lex octava non est de actione in personam, sed de actione in rem, ut & L. si servus. judicatum solvi, *&* L. utique. de rei vindicat. *quae idem omnino statuit. Et quod in ea scriptum est, si Stichus ex stipulatu petitus post litem contestatam mortuus sit; illud* ex stipulatu, *infititium est: profectò sapit glossographum. Aliud (ut planè loquar) habuimus non ita dudum in* L. 43. *confectum his verbis*, suae potestatis. *Quod, procul dubio, est glossema, quo paterfamilias definitur, aut quid sit, declaratur. Ergo & in* L. 8. *detractò illò glossemate*, ex stipulatu, *legendum est*, homo petitus, i. e. *vindicatus judiciò in rem.*

Idem CUJACIUS ad lib. 72. Pauli ad edictum, in *L. obligari.* 43. *D. de obligat. & actionib.*

Obligari posse patremfamilias suae potestatis. Ubi frustra videtur addere, suae potestatis; *quoniam nullus videtur esse paterfamilias, quin sit suae potestatis: imò paterfamilias nihil aliud est, quàm homo sui juris, suae potestatis, suae spontis. Ergo, ut dixi, frustra videtur addere, suae potestatis; nisi sit aliquis paterfamilias non suae potestatis. Et sanè non* suae potestatis *paterfamilias videtur esse, qui in potestate curatorum est, ut loquitur* L. 1. de curat. furiof. *veluti is, cui bonorum suorum administratione ob dissolutos mores interdictum est: de quo etiam in* L. xii. Tab. In eo pecuniaque ejus, agnatorum gentiliumque potestas esto. *Hic non videtur esse suae potestatis: quamobrem etiam constat, eum ex contractibus obligari non posse.* L. 6. tit. seq. *Ergo, ut paterfamilias obligetur, necesse est, ut prorsus sit suae potestatis; ut nec sub tutorum, neque sub curatorum potestate agat.*

Idem

Idem CUJACIUS in Recitationib. ad *tit. de obligat. & actionib. in L. obligari.* 43.

Ut paterfamilias obligari possit, primâ fronte haec tria exigere videtur; ut sit suae potestatis, ut pubes, ut compos mentis. At certè primum, ut sit suae potestatis, *non exigitur ullomodò; nam & filiusfamilias, qui non est suae potestatis, tanquam paterfamilias obligari potest omnibus ex causis.* L. 39. hoc tit. *Item non exigitur, (ne hoc quidem dixeris) ut paterfamilias curatorem non habeat: quasi paterfamilias, qui curatorem habet, quodammodò sit in ejus potestate, ut d.* L. 1. D. de curator. furios. *nam & pubes, qui curatorem habet, paterfamilias est; & sine suo curatore obligari potest.* L. puberes. tit. seq. *At uno tenore, uno spiritu, in hac lege ita haec legenda sunt,* Obligari potest paterfamilias suae potestatis, *non additâ subdistinctione,* sive: *quasi scripta sint haec verba, pleniùs patrisfamilias demonstrandi gratia, &c.*

MERILLIUS.) In tribus locis, quos supra ex Cujacio praemisimus, tres diversas interpretationes attigit, ad *L. obligari. 43. D. de obligat. & actionib.* In prima lectioni Florentinae detrahit, rejectis his verbis, *suae potestatis*: quae glossema quoddam esse existimat. In secunda retinet lectionem Florent. eamque interpretatur rectè; ideoque verba illa, *suae potestatis*, adjecta esse ait, quòd quidam paterfamilias esse possit non suae potestatis: veluti furiosus, qui est in potestate curatoris: veluti etiam pupillus, qui est in potestate tutoris. In tertia lectionem quoque Florentinam retinet, sed diversam affert sententiam; nam haec verba, *suae potestatis*, addita esse existimat demonstrandi patrisfamilias causâ: non quòd Paulus exigat ad obligationem patrisfamilias, ut sit suae potestatis, veluti in secunda interpretatione acceperat; sed tantùm, ut sit pubes, ut sit compos mentis: quasi nullus sit paterfamilias, qui non sit suae potestatis. Et cum Paulus dixerit, obligari patremfamilias suae potestatis, magis his verbis patremfamilias demonstrare voluerit, seu eum, qui est suae potestatis. At neq; prima interpretatio placet, quia lectioni Florentinae detrahit: neque tertia, quia Paulus exigit ad obligationem patrisfamilias, ut sit suae potestatis. Secunda autem verbis Pauli magis convenit; non enim omnis paterfamilias est suae potestatis: ut pupillus, qui quidem est sui juris, sed non est suae potestatis. Nam in eum tutor habet potestatem, ut ex definitione tutelae constat, *L. 1. D. de tutel.* quam non de potestate dandi tutoris, sed de potestate tutoris in pupillum aliàs accipiendam esse observavimus. Tantam verò habet potestatem tutor in pupillum, ut eum nihil à servo differre dixerit D. Paulus ad *Galatas cap.* 6. ex jure civili, cujus peritissimus erat. Etenim secundùm regulas juris civilis nihil quidquam pupillus facere potest absque tutoris auctoritate. *L. contra.* 28. *D. de pact.* vel secundùm morem civitatis. *L. more.* 8. *D. de acq. vel omittend. heredit.* Tantam denique tutor habet potestatem in pupillum, ut Cujacius ipse senserit, majorem esse potestatem tutoris in pupillum, quàm patris in filium, *lib. 14. observat. cap.* 8. Quod tamen rejecimus *lib. 5. observat. nostrarum, cap.* 3. Quia ergo Paulus dixerat in d. *L.* 43. obligari patrem-

patremfamilias suae potestatis ; postea subjecit, pupillum sine tutoris auctoritate jure civili non obligari . Licèt enim pupillus sit paterfamilias, *L. pronuntiatio*. 195. *D. de verbor. significat.* non tamen est suae potestatis, qui est in potestate tutoris . Ex Justiniani quidem divisione in princip. *tituli Instit. de Tutel.* colligitur, pupillum non esse in potestate; scilicet eâ potestate, de qua Justinianus supra egerat in *Tit. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt*, puta parentum, vel dominorum: sed est in potestate tutoris, nec est omnino suae potestatis. Eoque respicere voluit Paulus in d. *L.* 43. *D. de obligat. & actionib.*

Defenditur lectio Florentina in L. si homo. 8. D. de re judicat.

CAPUT XXII.

PAULUS lib. 5. ad Plautium, in L. si homo. D. de re judicat.

SI homo * ex stipulatu petitus, post litem contestatam decesserit; absolutionem non faciendam, & fructuum rationem habendam placet.

CUJACIUS in Recitationib. ad *tit. de obligat. & actionib. in L. is, qui ex stipulatu.* 45.

Haec lex est Pauli ex lib. 5. ad Plautium, *ex quo etiam est* L. 8. D. de re judicat. *quae tamen ostendit, post litem contestatam Stichô mortuô, reum liberari, quoad Stichi causam, vel aestimationem ; & fructuum tantùm remanere persecutionem. At, ut breve faciam, ut paucis dicam, quod in re est, sine quo nodus ille expediri non potest : ea lex octava non est de actione in personam, sed de actione in rem, ut &* L. si servus D. judicatum solvi, & L. utique. D. de rei vindicat. *quae idem omnino statuit. Et quod in ea scriptum est* : si Stichus ex stipulatu petitus, post litem contestatam mortuus sit; *illud*, ex stipulatu, *insititium est: profectò sapit glossographum*. Et postea: *Ergo & in* L. 8. *detracto illo glossemate*, ex stipulatu, *legendum est*, homo petitus, *vindicatus judiciò in rem . Et ratio differentiae est evidens, inter actionem in rem, & actionem in personam. In actione in rem, post litem contestatam suo fato defunctô homine petitô, hoc periculum non pertinet ad bonae fidei possessorem, cum quo lis contestata est : ac proinde in ejus aestimationem non damnatur ; sed fructuum tantùm post litem contestatam perceptorum, & partuum ratio habenda est. d.* L. utiq. *d.* L. si servus. L. illud. D. de pet. heredit. *In actione in personam, post litem contestatam, atque adeo post moram debitoris, periculum omne pertinet ad debitorem. Moram non facit bonae fidei possessor, qui judicium in rem suscipit; sed*

sed moram facit debitor, qui judicium in personam suscipit, & litigare quàm solvere mavult. L. 8. §. 1. tit. seq.

Idem CUJACIUS ad lib. 20. Pauli ad edictum, in *L. illud.* 40. *D. de heredit. petit.*

Ex hac sententia Pauli, hoc distat hac in re, praedo à bonae fidei possessore; quòd si res naturâ suâ interciderit, interierit, post litem contestatam, omnimodò bonae fidei possessor absolvi debet: sive agatur petitione hereditatis, sive actione in rem speciali; & sive res fuerit apud actorem interitura, sive non. Praedo autem non aliter absolvatur, quàm si aequè res interitura est, etiamsi statim restituta fuisset actori. Quod etiam quandoque servatur in actione in personam; *maximè si eâ non agatur cum fure, aut cum raptore, aut cum eo, qui metum intulit. Qui tres indistinctè in his causis damnantur, sive res apud actorem interitura fuerit, sive non.* L. si cum exceptione. §. quatenus. D. quod met. caus. *Alius autem malae fidei possessor absolvitur, veluti depositarius, cum quo agitur depositi, qui rem depositam domino restituere recusat, cunctatur, ac proinde malâ fide eam tenet. Absolvitur, inquam, si res naturaliter interiit post litem contestatam suâ naturâ, eo modo, quo interitura erat apud actorem, etiamsi statim ei restituta fuisset.* L. si plures. §. ult. D. deposit. *in qua explicandum est, quod ait, naturalem interitum ad actorem, non ad reum pertinere; reum absolvi debere. Est quidem ex Sabini, & Cassii sententia &c.*

MERILLIUS.) Quaestio est, an cum homo petitus post litem contestatam naturali fatô decesserit, & sine culpa possessoris, possessor absolvi debeat, neque hominis aestimationem praestare teneatur. Cujacius ad *tit. de obligat. & actionib.* in *L. is, qui.* 45. differentiam constituit inter actionem in rem, & actionem in personam; ut quidem in actione in rem absolvi debeat, non in actione in personam; ibique rationem affert differentiae. Sed ad *lib.* 20. *Pauli ad edictum*, in *L. illud.* 40. *D. de heredit. petit.* id etiam servari ait in actione in personam; veluti si agatur depositi, ex *L. si plures.* 14. §. 1. *D. deposit.* quae est ex *lib.* 9. Gaii *ad edictum Provinciale*. Ibique Sabini, & Cassii praeceptorum suorum sententiam probat, qui indistinctè hoc admittebant. Proculejani cum distinctione, si eo modo res peritura fuisset apud actorem. *L. item si.* 15. *D. de rei vindicat. L. illud.* 40. *D. de heredit. petit. L.* 5. in fine. *D. de condict. caus. dat.* Contra & in actione in personam, seu noxali actione, quae personalis est, homine mortuô post moram, periculum est possessoris. *L. electio.* 26. §. *si is, quem. D. de noxalib. act.* ut in utraque actione videantur juris auctores dissensisse. At si in d. *L.* 24. *D. deposit.* cum agitur actione in personam, possessor post moram absolvitur: Cur non & in d. *L. si homo.* 8. *D. de re judicat.* secundùm Plautii, aut Pauli sententiam, retentâ lectione Florentina? Ceterùm d. *L.* 8. *D. de re judicata* ita etiam potest intelligi, ut homine post litem contestatam mortuô reus absolvi non debeat; sed & hominis, & fructuum aestimatio fieri.

Defenditur lectio Florentina in L. Stichum. 95. §. quod vulgò. D. de solut. & liberationib.

CAPUT. XXIII.

PAPINIANUS lib. 8. *Quaestionum, in L. Stichum.* 95. §. *Quod vulgò. D. de solut. & liberat.*

QVod vulgò jactatur, fidejussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari; totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus * duntaxat fuit obligatus, fidejussor * liberabitur. E contrario, non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam, & personalem habuit defensionem: nam si minori 25. annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fidejussore; difficile est dicere, causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quae * principalis fuit, & cui fidejussor is accessit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.

CUJACIUS lib. 11. observat. cap. 34.

Caeterum id, quod vulgò jactatur, fidejussorem liberari ex causa accessionis, si debitori heres extiterit; totiens verum esse Papinianus ait in d. §. quod vulgò, *quotiens rei promittendi plenior obligatio invenitur. Plenior utique est semper, & major, cum principalis sit obligatio, si ex ea modo efficax petitio competat.* L. 5. L. debitori. D. de fidejussorib. L. debitor. D. de separationib. *Sequitur*, nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur: *quae verba nemo adhuc tentavit explicare, cui non conatus is successerit infeliciter. Nec verò potuit aliter, quandoquidem neque sensum, neque rationem ullam admittunt. Dico, Papinianum ita scripsisse*: Nam si reus naturâ duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur. *Nempe quia, hoc casu, rei promittendi obligatio non invenitur plenior, cum ex ea non sit petitio; quae tamen competit ex fidejussoria. Et ita quoque Graeci locum illum in suum sermonem transferunt*, Βασιλικῶν. 26. tit. 5. Εἰ. γάρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται ἡ ἐγγύη. *i.e.* Si enim reus naturaliter solùm obligatus fuerit, non perit fidejussio. *Unde è contrario, si reus naturaliter, & civiliter fuit obligatus, dicendum est, aditione hereditatis fidejussoriam obligationem tolli, etiam si reus personale auxilium habuerit restitutionis in integrum. Nec enim ideo minus plena fuit obligatio rei principalis, quòd potuit principalis in integrum restitui beneficiô Praetoris; fidejussor non potuit, qui & sine ulla beneficii hujus contemplatione, principali accessit re ipsâ circumscripto, non dolò ejus, cum quo contraxit. Utroque enim jure principalis obligatio constitit, & nihil muta-*

mutavit restitutionis auxilium, *quod etiam incertum fuit*. L. si Titius. de fidejussorib.

CUJACIUS eandem emendationem tuetur ex Graecis, *tract. 7. ad Africam. in L. heres. 21. §. servo. D. de fidejuss. & mandat.* ubi & observationis istius meminit: & praeterea eam tuetur ad *lib. 28. quaest. Papiniani*, in d. *L. Stichum. 95. §. quod vulgò. D. de solut. & liberat.* ubi & locum istum alio in loco emendavit.

MERILLIUS.) Suspectae mihi semper fuerunt Graecorum Interpretum emendationes, qui quos juris locos intellectu assequi non poterant, emendationibus interpolarunt: sed tentemus mentem Papiniani ex verbis ipsius exsculpere. Si fidejussor debitori, pro quo fidejussit, heres extiterit, fidejussor liberatur ex causa fidejussionis; quia minor obligatio, & accessoria per majorem, seu principalem tollitur. Sed hoc ita verum esse ait Papinianus, si rei promittendi sit plenior obligatio; & subjicit: *Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberatur*; id est, dummodò reus, seu debitor principalis fuerit obligatus, vel si reus solùm fuerit obligatus; *duntaxat*, id est, *solùm*; fidejussoris obligatio tollitur. Non haec est mens Papiniani, ut solus reus sit obligatus, & fidejussor non sit obligatus: cur enim quaereretur de liberatione fidejussoris, si non esset obligatus? Sed hoc vult; sufficere ad liberationem fidejussoris, qui debitori heres extitit, ut debitor fuerit obligatus: non enim potest esse reus obligatus civiliter, quin sit plenior obligatio rei, quàm fidejussoris. *L. 5. D. de fidejussor. & mandat.* Ita igitur retentâ lectione Florentinâ necesse non est ponere, reum duntaxat naturaliter fuisse obligatum: ita quidem non esset plenior rei obligatio. *L. heres. 21. §. servo. D. de fidejussor. & mandat.* & dicendum esset secundùm Graecorum lectionem, fidejussorem non liberari. At si ita negationem addas, & legas, *fidejussor non liberabitur*, non conveniret, quod sequitur: *E contrario non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam, & personalem habuit defensionem*. Finge enim, ut volunt Graeci, reo duntaxat naturaliter obligato fidejussorem heredem extitisse; & tunc non liberari fidejussorem, quòd sit plenior obligatio fidejussoris civiliter obligati, quàm rei naturaliter tantùm obligati: non est è contrario, fidejussorem non liberari, quando reus propriam habuit defensionem. Si primò casu fidejussor non liberetur, ut Graeci legunt, non est è contrario, secundò casu fidejussorem non liberari. At si primò casu fidejussor liberatur, secundùm lectionem Florentinam, è contrario secundò casu diceretur fidejussorem non liberari, cùm reus propriam quandam habuit defensionem. Et hoc casu dubitari potuit, an plenior esset obligatio fidejussoris, qui hanc defensionem non habuit personae rei cohaerentem. *L. exceptiones. 7. §. ult. D. de exceptionib.* At inspectâ obligatione rei, non propriâ ipsius defensione, plenior semper obligatio rei esse intelligitur; & ideo fidejussor liberatur ex causa fidejussionis. Sic igitur defendi potest lectio Florentina, quam & Cujacius *lib. 28. quaest. Papin.* alio in loco immutavit. Ubi enim legitur, *retineri fidejussoris obligationem, quae principalis fuit*: legit ille, *personalis fuit*: id est, personae cohaerens.

Et

Et quidem fidejussoris obligatio non est principalis, sed accessoria. d. *L.* 5. *D. de fidejussorib. & mandatorib.* At principalis hic dicitur, non ratione debitoris, sed ratione causae juris honorarii, seu restitutionis in integrum, quae minori decepto jure honorariò conceditur. Tres fuerunt Cujacii emendationes in *hoc* §. In prima verbum additur, in secunda negatio inseritur, in tertia verbum immutatur. Prima, & secunda à Graecis Interpretibus; Tertia ab ipso Cujacio. Quae omnes retentâ lectione facilè rejiciuntur. Nec mihi soli venit in mentem, ut rejiciendas putarem; id enim & ab aliis tentatum scio.

Defenditur lectio Florentina in L. si per errorem. 15. D. de jurisdict.

CAPUT XXIV.

VLPIANUS lib. 2. de omnibus tribunalibus, in L. si per errorem, 15. D. de jurisdict.

SI per errorem alius pro alio Praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est, nec enim ferendus est, qui dicat consensisse eos in * Praesidem; cum, ut Julianus scripsit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit?

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 32.

Haec sunt verba L. si per errorem. D. de jurisdict. *in qua id mihi perabsurdum videtur, quod initio cum aditum ab litigatoribus Praetorem fuisse dicat, statim in Praesidem subjungat eos non videri consensisse: debuit enim potiùs dicere*, in Praetorem; *nisi legamus*, In praesentem: *& hoc probo.* In praesentem, *id est, in Praetorem, quem per errorem adierint: ut in hoc exemplo, si Praetorem fideicommissarium adierint, pro tutelari, in fideicommissarium consensisse non videntur: nec enim consentiunt, qui errant.*

MERILLIUS.) Nil opus erat istam lectionem immutare, quae rectè habet, *consensisse eos in Praesidem*; id est, eum, qui praesidebat, seu praeerat jurisdictioni: eademque ratio est, si dicamus in Praesidem, sive in praesentem consensisse. In hac autem specie non Praetor fideicommissarius pro tutelari, sed magis Praetor tutelaris pro urbano aditus fuerat: quia urbanus de rebus minorum distrahendis cognoscere debuit, ex oratione D. Severi. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tutel.* Idque deprehendi potest ex *L.* 6. *&* 8. *D. eod. tit. de reb. eor.* & *L. urbana.* 198. *D. de verb. significat.* Quae jungendae sunt cum hac *L.* 15. ex eodem *lib.* 2. Vlpiani, *de omnibus tribunalibus.*

De-

Defenditur lectio Florentina in L. fundum. 46. §. cum tibi. D. de evictionib.

CAPUT XXV.

AFRICANUS lib. 6. Quaestionum, in L. fundum. 46. §. cum tibi. D. de evictionib.

Cum tibi Stichum venderem, dixi, eum statuliberum esse, sub hac conditione manumissum, *si navis ex Asia venerit*: is autem, *si Titius Consul factus fuerit*, manumissus erat. Quaerebatur, si priùs navis ex Asia venerit, ac post Titius Consul fiat, atque ita in libertatem evictus sit; an evictionis nomine teneatur? Respondit, non teneri eum; etenim dolô malô emptorem facere, cum priùs extiterit ea conditio, quàm evictionis nomine * exsolverit. Item si post * biennium, liberum fore dixi, qui post annum libertatem acceperit, & post biennium in libertatem evincatur: vel decem dare jussum, dixerim quinque; & his decem datis, ad libertatem pervenerit: magis esse, ut his quoque casibus non teneatur.

CUJACIUS tractatu 6. ad Africanum, in *L. fundum*. 46. §. *cum tibi*. *D. de evictionib.*

Non lego, exsolverit, *sed*, exceperit, *ut d.* L. quî libertatis. *Repelletur ergo emptor exceptione doli mali, si agat ex stipulatu; quia nihil ejus interest, vel ipso jure, si agat ex empto. Et similis peuè distinctio observatur in hac specie, si dixerit venditor, statulibero post annum relictam libertatem, quae erat relicta post biennium; non tenetur, quia diutiùs apud emptorem mansit, quàm dixerit venditor; atque eo etiam minoris servum redemit emptor. At è contrario, si dixerit post biennium, cum esset relicta post annum, tenetur: quia ex mendacio ejus laeditur emptor, qui eo pluris emit servum, quòd speraret eum apud se diutiùs fore, & mali Florentin. hoc loco ita scriptum est:* Item si post biennium liberum fore dixi, qui post annum libertatem acceperit: *cum vel ex sequentibus, & certissimâ ratione, perspicuum sit ita legendum:* Item si post annum liberum fore dixi, qui post biennium libertatem acceperit; & post biennium in libertatem evincatur.

MERILLIUS.) In *hoc* §. duobus in locis lectionem Florentinam immutavit; quae tamen utroque in loco rectè habet. Et prima quidem emendatio non juvatur ex *L. qui libertatis*. 69. §. *quid ergo*. inf. *eod. tit. de evictionib.* sed secundùm lectionem Florentinam. Finge: Titius vendidit, Stichum Maevio, quem dixit manumissum fuisse sub ea conditione, si navis ex Asia veniret; cum tamen sub alia conditione manumissus fuisset si Titius Consul factus esset. Emptor quidem ob mendacium venditoris, evi-

evictionis nomine agere potuit. d. L. 69. §. *quid ergo*: sed antequàm ageret, & venditor conventus id, quod interefat, evictionis nomine exsolvisset, Titius Consul factus fuit; eaque conditio extitit, sub qua Stichus manumissus fuerat. Si emptor, post istius conditionis eventum, ob mendacium emptoris agere velit, exceptione doli mali repelletur; quia jam ipsius nihil interest, aliam conditionem expressam fuisse à venditore; cum ea extiterit, quam exprimere debuerat. Nec magis alio in loco emendatio est admittenda, licèt in quibusdam Codicibus reperiatur; quia secundùm lectionem Florentinam subest dubitatio. Finge: venditor servum post biennium liberum fore dixerat, qui post annum liber esse jussus erat. Venditor mentitus est, & ob mendacium tenetur. *L. si decem. 10. D. de statulib.* Sed cum servus tantùm post biennium in libertatem evictus fuerit, emptor agere non poterit ob mendacium venditoris: quia cum servus apud eum manserit per id tempus, quod venditor expresserat; nihil interest emptoris, aliud tempus à venditore expressum fuisse. Non igitur nocet mendacium venditori, si aliam conditionem expresserit, aliud tempus, aliam summam, cum nihil emptoris intersit.

Defenditur lectio Florentina in L. si dictum. *56.* D. de evictionib.

CAPUT XXVI.

PAULUS *lib. 2. ad edictum Aedilium curulium, in L. si dictum. 56. in princip. D. de evictionib.*

SI dictum fuerit vendendo, ut * simpla promittatur, vel triplum, aut quadruplum promitteretur; ex empto perpetuâ actione agi poterit. Non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet, qui duplam promittit; sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.

CUJACIUS *lib. 11. observat. cap. 4.*

In L. si dictum. D. de evictionib. *sic scribendum esse censeo*: Si dictum fuerit in vendendo, ut dupla promittatur, *non simpla: quia sequitur, vel triplum, aut quadruplum. Idemque ordo est in* L. si curator. D. de jur. fisci: *& quia subjicit*, non tamen, qui duplam promittit. *Item quia, etiamsi dictum non sit, ut simpla promittatur, praestetur; ex empto est actio in simplam, & in id, quod interest.* L. si in venditione. D. de evictionib. *Contra non est actio ex empto in duplam, vel triplum, aut quadruplum; nisi id dictum, vel actum sit, ut dupla, aut tripla praestetur.*

MERILLIUS.) Tres sunt rationes, quibus hunc locum emendari debere

bere existimat, quae sunt expendendae. Prima est, quia Paulus post simplam, omissâ duplâ, triplum, aut quadruplum non rectè subjecerit; sed post duplam triplum, aut quadruplum consequenter dixerit. Imò duplâ omissâ, post simplam triplum, aut quadruplum subjicere voluit: etenim quaerebat hîc Paulus, ut docet inscriptio, quae est *lib. 2. ad edictum Aedilium curulium*; an convenire posset, ut simpla, vel triplum, vel quadruplum promitteretur: quia ex edicto duplam promitti oportet in venditione mancipii. *L. emptori.* 37. *D. hoc tit. de evictionib.* ut ita adversùs edictum Aedilium conventio fiat. Sed ait Paulus, aliter convenire posse, ut venditor in minus, puta, in simplam; vel in plus, puta, in triplum, aut quadruplum teneatur: quia licèt jus publicum privatorum pactis mutari non possit, *L. jus publicum.* 38. *D. de pact. L. Neratius.* 20. *D. de religios.* tamen pacisci licet contra Aedilium edictum, *L. pacisci.* 31. *D. de pact. L. in conventionalibus.* 52. *D. de verb. obligat*, quod utilitatem privatam respicit; ut & contra edictum Praetoris. *L.* 7. §. *si pacíscar. D. de pact. L. nec ex praetorio.* 27. *D. de regul. jur.* Tantùm igitur abest, ut dupla hîc legi debeat, quin potiùs expungi: quia non quaerebatur, an dupla, sed an simpla, vel triplum, aut quadruplum promitti posset; cum ex edicto Aedilium duplam promitti oporteret. Secunda ratio Cujacii est, quòd in *hoc* §. sequitur: *Non tamen qui duplam promittit*: quasi & hîc dupla, non simpla promissa fuerit. Sed est haec Pauli sententia, ut si convenerit simplam, triplum, aut quadruplum promitti; non tamen venditor propterea satisdare teneatur: quia nec qui duplam promisit, satisdare tenetur. d. *L.* 37. *hoc tit. de evictionib.* Tertia ratio est, quia etsi dictum non fuerit, ut simpla non promittatur; ex empto est actio in simplam, & in id, quod interest, praeter simplam. *L. si in venditione.* 60. *eod. tit.* Igitur non opus est, ut simpla promittatur. Sed cum venditor mancipii in duplum teneatur ex Aedilium edicto, vel ex empto, etiamsi omissa fuerit, *L. quòd si.* 31. §. *quia. D. de Aedilit. edict.* opus est simplam promitti, ut de dupla non teneatur; vel triplum, aut quadruplum promitti, ut in plus quàm duplam teneatur. Atque ita apparet repetitâ specie ex inscriptione legis, nullâ prorsus ratione lectionem Florentinam adtentari debuisse.

Defenditur lectio Florentina in L. si ego. 11. §. partus. D. de Publiciana in rem act.

CAPUT XXVII.

ULPIANUS lib. sextodecimo ad edictum, in L. si ego. 11. §. *Partus. D. de Public. in rem act.*

PArtus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est; etiamsi ab eo, qui emit, possessus non

non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est. Interdum tamen licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi; & apud me conceperit, & pepererit; competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait: si modò eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.

CUJACIUS ad tit. *de usurpat. & usucapionib.* in L. 4. §. *heres, qui in jus*.

Quid autem est, si apud bonae fidei possessorem ancilla furtiva conceperit? & placet, partum pro suo usucapi posse. d. §. ancilla. L. qui vas. 48. D. de furt. L. si matrem. C. pro emptor. *videlicet si datur eo tempore, quo furtivam esse matrem ignorat. Et haec est Juliani sententia.* L. non solùm. *in princip. infr.* hoc tit. *quae recitatur in* L. si ego. §. partus. D. de Public. in rem act. *Est tamen* §. partus, *valde in illo loco depravatus,* quo experiar: *& nisi fallor, legendum est,* quo & pariat: *nam Julianus, cujus auctoritate utitur, tempus editionis dumtaxat inspicit: & in Publiciano judicio, eo tempore, quo agitur, bonam fidem non desiderari certum est.* L. eum, qui. §. penult. & §. ult. D. eod. tit. *Necesse est igitur, ut editionis tempore furtivam esse matrem emptor ignoret: atque hoc etiam ostendit* §. prox.

Idem CUJACIUS eam emendationem tuetur in recitationib. ad lib. 54. Pauli ad edictum, in *L.* 4. §. *heres*, & §. *de illo*. D. *de usurpat. & usucap.* & in not. Digestor. ad *L. si ego.* 11. §. *partus. D. de Publiciana in rem act.*

MERILLIUS.) Ut emptor, seu possessor bonae fidei possit usucapere partum ancillae furtivae apud se conceptum, & editum, Cujacius satis esse existimat, si emptor furtivam matrem esse ignoraverit, tempore conceptionis, & editionis: nec spectandum esse tempus, quo emptor Publiciana actione experitur; & ideo emendat *L. si ego.* 11. §. *partus. D. de Publician. in rem act.* Movetur potissimùm, quòd ea fuerit Juliani sententia, tantùm conceptionis, & editionis tempus spectari oportere. *L. non solùm.* 33. *D. de usurpat. & usucapionib.* ut ab Ulpiano refertur in d. *L.* 11. *de Public. in rem act.* & *L. qui vas.* 48. §. *ancilla. D. de furt.* Et quidem verum est, eam fuisse Juliani sententiam, & Trebatii antiquioris. *L.* 4. *D. pro suo*, qui putabat, partum apud emptorem bonae fidei conceptum, & editum usucapi posse omnimodò, id est, sine distinctione: puta, si matrem furtivam postea sciverit, vel ignoraverit. Sed Pomponius ibi distinctionem adhibet, ut si quidem bonae fidei emptor ignoraverit, usucapiat; si sciverit, & dominum certiorem non fecit, non procedat ei usucapio: quia ex quo sciverit matrem furtivam esse, & dominum, cum posset, certiorem non fecerit, clam possidere intelligitur. Eamque Pomponii distinctionem Cujacius admittendam existimat in *tit. de usurpat. & usucap. in* §. *de illo*, in ver. *quod si cum jam usucaperet*. d. *L.* 4. & *lib.* 54. *Pauli ad edictum*, in d. *L.* 4. *de usucap.* & *in tit. pro suo,* ad d. *L.* 4. *pro suo*. Quae si vera est, habenda est ratio temporis, quo quis Pu-

bli-

bliciana experitur, an furtivam matrem esse sciverit, vel ignoraverit: nam si ignoraverit, ei procedit usucapio, & recte Publiciana experitur; si sciverit, ob clandestinam possessionem non usucapit, & Publiciana ei non competit, quia ei non procedit usucapio: ut contra, qui potest usucapere, Publicianam habet. *L. sed & si. 7. §. Marcellus. D. de Publiciana in rem act.* Verum est igitur, Ulpianum, in d. *L. 11. D. eod.* Juliani sententiam retulisse, & secundùm Pomponii distinctionem, qui Juliano posterior fuit, subjecisse: *si modò eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem*, ut est in lectione Florentina. Praeterea, quod Cujacius ait, *in Publiciano judicio, eo tempore, quo agitur, bonam fidem non desiderari*; Id quidem verum est, ubi res furtiva non fuerit: sed hîc agitur de partu ancillae furtivae, ad cujus usucapionem requiritur, ut matrem furtivam esse ignoraverit.

Defenditur lectio Florentina in L. certè. *6.* §. Julianus. D. de precario.

CAPUT XXVIII.

ULPIANUS lib. septuagesimo primo ad edictum, in L. certè. 6. §. Julianus. D. de precario.

Julianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, & ab eodem precariò rogavit, desinere vi possidere, & incipere precariò: neque existimare, sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit precariò possidere. Nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore * posse dominium capere.

CUJACIUS lib. 24. observat. cap. 13.

Probabilius est, Julianum, quemadmodum priore locò dixit, incipere precariò possidere, & posteriore dixisse, incipere etiam pro emptore possessionis dominium capere: *atque ita pro suo, non pro vi possessa, ut* L. si fur, *in princip.* D. de usurpat. & usucap. *nec scripsisse*, incipere etiam pro emptore posse dominium capere. *Quae locutio etiam dura, & inelegans est*, incipere posse capere, *confecta ex tribus infinitivis. Denique illud* posse, *decurtatam esse possessionis vocem. Hanc verò lectionem si admittas, & rectè ponas etiam dominum vi dejectum; à quo si praedo rem vi possessam emerit, & pro tradita habuerit, desinit vi possidere, & incipit possidere pro emptore. Ac res non ab ipso quidem, quia dominus est, sed ab alio aliquandoque usucapi potest, quasi purgatò pervasionis vitiò, ut* L. quamvis. de furt. L. 4. §. tunc. de usucap. *Non nego tamen, quod in domino, idem etiam in bonae fidei possessore dici posse.* L. servi. §. ult. de furt.

MERILLIUS.) Speciem *L. 6. §. Julianus. D. de precar.* constituerat Accursius in non domino, qui vi dejectus erat: quia si dominus vi dejectus fuisset, nudâ voluntate dominium in emptorem protinus transtulisset; nec deberet emptor usucapere, cui jam dominium ex causa traditionis, vel quasi traditionis contigisset. *L. 3. §. ex plurimis. D. de acqu. vel amitt. possess.* Et Cujacius Accursii interpretationem probat, si haec verba, *posse dominium capere*, significant, posse usucapere. Sed ita emendavit, *possessionis dominium capere*: quasi non opus habeat usucapione, sed statim dominus fiat, & dominium possessionis apprehendat: vel quasi tantùm à bonae fidei possessore dominium possessionis habere incipiat. At verò dicendum est, etiam si dominus rem suam vi possessam quasi tradiderit praedoni, adhuc opus esse usucapione; ut in re furtiva, ita quasi tradita à domino, adhuc opus esse usucapione, ostendimus *lib.* 8. *observationum*, ex *L. si fur.* 32. *D. de usurpat. & usucapion.* & *L. quamvis.* 86. *D. de furt.* Finge igitur, dominum fundô suô vi dejectum fuisse, eundemque fundum praedoni, qui vi dejecerat, vendidisse; & voluntate domini praedonem in possessione fundi fuisse; atque ita fundum quasi traditum à domino fuisse: adhuc praedo fundum usucapere debebit, ut ei dominium civile, seu ex jure Quiritium acquiratur: quia fundus erat res mancipi in Italico solo, & non nisi per mancipationem alienari potuit, auctore Boëtio *lib. 3. comment. in Topic. M. Tullii.* Hìc autem constat, non fuisse mancipatum à domino, nec traditum; sed quasi traditum: & ideo adhuc opus fuit usucapione, ut praedo dominium ex jure Quiritium acquireret. Idemque omnino dicendum est in re vi possessâ, quod in re furtiva. Ex sola traditione, vel quasi, neque fur, neque praedo dominium habuit; sed tantùm dominium in bonis, seu dominium possessionis. At uterque usucapit, ut habeat dominium ex jure Quiritium.

Defenditur lectio Florentina in L. ult. D. de solut. & liberationib.

CAPUT XXIX.

PAULUS lib. 2. Manualium, in L. ult. D. de solut. & liberat.

EI, qui mandatu meô * post mortem meam stipulatus est, rectè solvitur: quia talis est lex obligationis; ideoque etiam invitô me rectè ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum * post mortem meam solvere, non rectè solvitur: quia mandatum morte dissolvitur.

CUJACIUS lib. 1. observat. cap. 38.

Nunc

Nunc ostendemus, non omnes quidem, sed nonnullos ex his, quos jamdudum deprehendimus, errores creatos ex prava verborum, aut versuum collocatione: ut hoc velut indice, studiosi vel ad ceteros, quos supprimimus, investigandos; vel ad alios, quos adhuc non deprehendimus, inveniendos excitentur. *Est erratum, ni fallor, hac in re, in* L. ult. D. de solutionib. *Verba legis haec sunt*: Ei, qui mandatu, *&c. ut supra. Quae verba videntur esse aliena à principiis juris civilis. Nam si simpliciter jussi, debitorem meum solvere, fateor equidem extingui morte mandatum: at si jussi, meum debitorem post mortem meam solvere, non video, cur morte mandatum finiatur, quod in tempus mortis nominatim collatum est.* L. si verò non remunerandi. §. ult. & L. prox. D. mandat. *Non video etiam, cur prior ita ponatur species, ut aliquis mandatô meô post mortem meam stipulatus fuerit sibi solvi. Nam etsi id non adjiciatur, post mortem meam, ei etiam, ut me invitô, ita me mortuô rectè solvitur.* L. aliud. D. de solut. *Quamobrem sic existimo restituendam esse* L. ult. Ei, qui mandatu meô stipulatus est, post mortem meam rectè solvitur: quia talis est lex obligationis; ideoque etiam invitô me, rectè ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non rectè solvitur, quia mandatum morte dissolvitur. *Quin etiam ad hanc posteriorem speciem id adjici potest, me invitô ei rectè non solvi: id est, si dum res est in integro, ipse mutavero voluntatem.*

MERILLIUS.) Differentias juris civilis Paulus in *libris Manualium* exsecutus fuerat; quod *libro singulari* ad id factô ostendimus. Unamque differentiam attingere voluit in *L. ult. D. de solut. & liberat.* inter eum, qui mandat stipulari post mortem suam, & qui jubet debitorem suum post mortem suam solvere. Finge: Titius mandavit Maevio, ut stipularetur à Sempronio centum post mortem suam; post mortem Titii Sempronius centum rectè solvet: quia talis est lex obligationis, ut Sempronius centum Maevio post mortem Titii solvere teneatur. Nec ex mandato, sed jure stipulationis Sempronius rectè solvit. *L. aliud.* 106. *D. eod. tit. de solut.* quia scilicet ex stipulatione Sempronius tenetur, & vivô adhuc Titiô, eoque invitô potuit solvere. Ac licèt post mortem Titii tantùm teneretur, potuit antevenire diem solutionis. *L. eum, qui.* 41. *D. de solut. & liberat.* Sed si Titius jusserit, Maevium debitorem post mortem suam Sempronio solvere, Maevius non rectè solvet Sempronio post mortem Titii: quia mandatum morte ipsius dissolvitur. *L. inter.* 26. & *L. si quis.* 27. *§. morte. D. mandat. L. cum pater.* 77. *§. Maevio. D. de legat.* 2. Cùm mandavit Titius Maevio, ut stipularetur, praeter mandatum fuit stipulatio; & jure stipulationis Sempronius solvere potuit. At cùm mandavit Titius Maevio, ut post mortem suam solveret; solum mandatum intercessit, quod morte extinguitur. Non movet, quod in *L. si verò.* 12. & *L. seq. D. mandat.* mandatum in tempus post mortem mandantis collatum, morte ipsius non extinguitur; puta, si Titius Maevio mandaverit, ut post mortem suam monumentum faceret, vel ut post mortem heredibus suis fundum emeret. Quia cum Maevius vivô Titiô mandatum, quod

quod in faciendo consistit, faciendum susceperit, potuit res non esse integra; puta, si quaedam ad monumentum faciendum, vel pecuniam ad emptionem fundi paraverit. Ideo vicissim heres Titii, & Maevius obligantur: Maevius, ut mandatum, quod suscepit, impleat; heres, ut pecuniam refundat Maevio, quam ad monumenti extructionem, aut emptionem fundi impenderit. Cùm autem Titius jussit, Maevium debitorem post mortem suam solvere, mandatum istud, quod in solvendo consistit, implere non potest debitor, nisi post mortem Titii: & antequàm impleat, morte mandantis dissolvitur. Denique aliud est mandatum, quod in faciendo; aliud, quod in solvendo consistit. Mandatum in faciendo si vivô testatore susceptum sit, res potest non esse integra; puta, si mandatarius pecuniam ad monumentum faciendum, vel ad emendum fundum, paravit. At cùm mandatum est in solvendo, non potest non esse res integra; quia non nisi post mortem mandatoris debitori licet solvere. Ita constitutâ specie in *L. ult. D. de solutionib. & liberationib.* & observatâ differentiâ, quam ibi Paulus attingere voluit, apparet, verba d. *L. ult.* non esse trajecta, quae secundùm lectionem Florent. optimam interpretationem patiuntur.

Defenditur lectio Florentina in L. si quis extraneus. 21. §. ult. D. de acq. vel omitt. heredit. & *conciliatur cum* L. multùm. 21. D. de condit. & demonstrat.

CAPUT XXX.

ULPIANUS lib. 7. ad Sabinum, in L. si quis extraneus. 21. §. ult. D. de acquir. vel omitt. heredit.

SI quis partem, ex qua institutus est, ignoravit; Julianus scribit, nihil ei nocere, quominùs pro herede gereret. Quod & Cassius probat, si conditionem, sub quâ heres institutus est, * non ignorat: si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat, conditionem extitisse? Puto, * posse adire hereditatem: quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.

CUJACIUS tract. 1. ad Africanum, in *L. 46. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

L. si quis extraneus. §. ult. D. de acq. hered. *quum dixisset, nihil gestioni pro herede nocere ignorationem partis; consequens erat adnotari non hoc, nihil etiam nocere scientiam conditionis, quod est dissentaneum; sed nihil nocere ignorationem conditionis: si tamen exstiterit conditio ante gestionem pro herede. Igitur demptâ negatione legendum d.* §. ult. Quod & Cassius

fius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat: si tamen exciterit conditio, sub qua institutus est. Et postea. *Restat, illud ut quaeramus, quid sit dicendum, si scierit heres conditionem, sub qua institutus est; & adierit, antequàm sciret conditionem impletam; si aditionis tempore ipsa fuerit impleta. Et constat, non rectè eum adiisse, quia nondum putavit, delatam sibi hereditatem esse.* L. multùm. D. de condit. & demonstrat. *Sed contradicit palàm d.* L. si quis extraneus. §. ult. *nisi audeas affirmare, quod est verissimum, negationem, quam paulò ante in eo diximus abundare, esse in hunc locum transferendam, hoc modo:* Puto, non posse adire hereditatem. *Aberrabat suò locô, sed restituenda est, ut dixi: ut & subjecta similitudo substituti coheredis, ignorantis coheredem repudiasse, apertè demonstrat: quem nemo dixerit ex substitutione adire hereditatem posse.*

Idem CUJACIUS in Recitationibus ad lib. 31. Digestorum Juliani, in *L. multùm. 21. D. de condit. & demonstrat.*

Nemo potest adire hereditatem, quam nescit sibi esse delatam. Unde etiam jampridem ostendi, initiò primi ad Africanum, in L. si quis extraneus: §. ult. de adquir. heredit. *esse legendum,* Puto non posse adire hereditatem; *eum heredem scilicet, qui nescit, conditionem facti, sub quâ heres institutus est, extitisse.*

MERILLIUS.) Si quis institutus fuerit sub conditione facti, puta, si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit; non sufficit eam impletam fuisse, ut hereditatem adire possit; sed scire debet heres, eventum conditionis extitisse. *L. multùm. 21. D. de condit. & demonstrationib.* quia is, qui vult hereditatem adire, scire debet quemadmodum hereditatem adeat; an institutus sit purè, vel sub conditione. *L. heres. 32. §. 1. D. de acquir. vel omittend. heredit.* Si institutus fuerit sub conditione, & ignorat conditionis eventum; errat adeundô hereditatem, quasi purè institutus; & ita nullius momenti est aditio. Si institutus fuerit purè, & putaverit se sub conditione institutum, cujus & eventum expectaverit; rectè adit, nec propter errorem hujusmodi aditio impeditur. *L. sed & si. 34. §. 1. D. eod.* Non rectè adit institutus sub conditione, si quasi purè institutus adeat: rectè adit purè institutus, si quasi sub conditione institutus adeat. Verùm in *L. si quis extraneus. 21. §. ult. D. eod. tit. de acquir. vel omitt. heredit.* institutus sub conditione hereditatem adire potest, etsi ignoret, conditionem extitisse, secundùm lectionem Florent. *Si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat, conditionem extitisse? Puto, posse adire hereditatem.* Et quidem defendi potest lectio Florent. si intelligatur de substituto sub conditione, non de instituto: ut substitutus quidem sub conditione possit hereditatem adire, licèt ignoret, conditionem extitisse. Finge, Titius fuerat heres institutus sub conditione, si navis ex Asia veniret; idemque sub alia conditione coheredi suo substitutus, si Titius Consul factus fuerit. Quaeritur, an utriusque conditionis eventum Titius scire debeat. Satis esse existimat Ulpianus, si non ignorat conditionem extitisse, sub qua fuit institutus; licèt ignoret, conditio-

ditionem extitisse, sub qua fuit substitutus. Ratio est, quòd cum semel rectè adierit ex una parte hereditatem, ei partes aliae accrescunt; sive ex substitutione, sive jure tacitô, & jure accrescendi. *L. si quis. 35. L. cum heres. L. 52. & L. seq. & L. qui patri. 59. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. quidam. 20. C. de jur. deliber.* Vtrumque jungit Vlpianus in hac *L. 21.* & cum jam adierit ex institutione, secunda aditio ex substitutione necessaria non est: nec igitur scientia conditionis, sub qua fuit substitutus.

Defenditur lectio Florentina in L. haec conditio. 29. D. de condit. & demonstrationib.

CAPUT XXXI.

JULIANUS lib. 1. ad Ursejum Ferocem, in L. haec conditio. 29. D. de condit. & demonstrat.

HAec conditio, si in Capitolium * ascenderit, sic recipienda est, si cum primùm potuerit Capitolium ascendere.

CUJACIUS ad *tit. de heredib. instituend. in L. 23.* in V. *conditionem trahat.*

Is, cui conditio potestativa adscripta est, eam si trahat, nec, cùm potest, impleat; non ideo deficit conditio. Fefellit interpretes L. haec conditio. *inf.* de condit. & demonstrat. *in qua & species ponenda, & legendum fortè sic est*: Si in Capitolium non ascenderit, ex L. 17. §. 1. D. de manumiss. testam. *Quod & ejus legis, uti Flor. scripta est, ultimum verbum subindicat. Nec enim in eis Pandectis scriptum est*, ascenderit, *sed*, ascendere.

Idem CUJACIUS in recitat. ad lib. 1. Juliani ad Vrsejum Ferocem, in *L. haec conditio. 29. D. de condit. & demonstrat.*

Sequitur L. 29. D. de condit. & demonstrat. *in qua haec conditio proponitur*, si Capitolium ascenderit, illi do, lego, *ut vulgò legitur. Quae conditio sic accipienda est*; si cum primùm potuerit, Capitolium ascenderit, illi do, lego; *ut vulgò legitur. Quae sententia est falsa: quia conditio haec potestativa est, id est, in arbitrio, & potestate legatarii, cui adscribitur: & potestativa conditio, quae in dando, vel in faciendo consistit, quocumque tempore, nec statim atque impleri potest, impleri potest invitô legatario.* L. 23. §. 1. de hered. instit. *Trahi potest in longum tempus. Et repugnat etiam scriptura Florentina, quae in fine habet*, ascendere, *non ut vulgò*, ascenderit: *& exigit omnino, ut conditio in non faciendo fuerit concepta, hoc modo*: si capitolium non ascenderit, *ut in* L. 17. D. de manumiss.

numiff. teftam. fi non manumiferit. L. fi peculium. §. ult. de ftatulib. *Haec enim conditio*, fi capitolium non afcenderit, *rectè dicitur fic recipienda effe; fi cum primùm potuerit afcendere, non afcenderit.*

MERILLIUS.) Quaeftio eft, an conditio poteftativa, cui dies adfcripta non eft, deficiat, fi cum primùm ea impleri potuerit, impleta non fuerit. Quaedam in faciendo confiftit: veluti, fi Titius in Capitolium afcenderit, fi Titius fervum manumiferit. Quaedam in non faciendo: veluti, fi Titius in Capitolium non afcenderit, fi Titius fervum non manumiferit. Verius eft autem, eam, quae in faciendo confiftit, non ideo deficere; etfi impleta non fuerit, cum primùm impleri potuerit. *L. fi quis* 23. §. 1. *D. de heredib. inftituend. L. ult. D. de conditionib. inftitut.* Si quis non fecit, quod facere debuit conditionis implendae causâ, non propterea deficit conditio; fed tum demum deficit, cùm certum eft, id, quod fieri debuit, fieri non poffe. Nec obeft *L.* 29. *D. de conditionib. & demonftrat.* Etenim non ait Julianus, deficere conditionem, fed eam impleri debere, cum primùm impleri poteft. Puta, ut fi heres inftitutus conditionem trahat, cum implere poffet; ex eo tempore poftulantibus creditoribus, vel aliis, praeftituatur ei tempus, intra quod conditioni parere debeat. d. *L.* 23. *D. de hered. inftituend.* Atque ita negatio in d. *L.* 29. inferi non debuit, quae deeft in Florent. lect. Neque obftat, quod conditio, quae in non faciendo confiftit, puta, fi in Capitolium non afcenderit, exiftere intelligitur, cum primùm Capitolium afcendere potuit. *L. libertas.* 17. §. 1. *D. de manumiff. teftam.* & *L. fi peculium.* 20. §. *ult. D. de ftatuliber.* Quia id favore libertatis receptum eft, ne inutilis fit fervo libertas, fi conditio referatur ad noviffimum vitae tempus; feu ad id tempus, quo certum fit, jam fieri non poffe quod in conditione pofitum eft: ut in ftipulationibus. *L. ita.* 115. §. 1. *D. de verb. obligat.* & in aliis non faciendi conditionib. In utrâque igitur conditione poteftativa, five in faciendo, five in non faciendo confiftat; nullô tempore praeftitutô, liberum eft femper facere, quod in conditione pofitum eft. Nec conditio in faciendo deficit, fi cùm primùm fieri potuit, factum non fit: nec exiftit conditio in non faciendo, fi non factum fit, cùm primùm fieri potuit. In conditione faciendi, fi trahatur, remedium eft, ut Praetor tempus ad faciendum praeftituat. d. *L.* 23. *D. de hered. inftituend.* In conditione non faciendi, remedium eft Mucianae cautionis, ne adversùs eam fiat. *L.* 7. *D. de condit. & demonftr.*

Defenditur lectio Florentina in L. deducta. 58. §. penult. D. ad SCtum Trebell. *& conciliatur cum* L. 3. §. nonnunquam D. de usuris.

CAPUT XXXII.

PAPINIANUS *lib.* 9. *Responsorum, in* L. *deducta.* 58. §. *penult. D. ad SCtum Trebell.*

QVod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus, fructus superfluos restituere * non videtur rogatus: cùm ea verba deminutionem quidem hereditatis admittunt, fructuum autem additamentum non recipiant.

CUJACIUS lib. 12. observat. cap. 10.

Ut Scaevola, ita Papinianus, quod libris Quaestionum scribit, ferè etiam reponit libris Responsorum. Libris autem Quaestionum, eum, qui rogatus est post mortem suam restituere, quod ex hereditate superfuerit; *scribit, deminuere quidem bonâ fide posse, ex eis bonis, sed non etiam fructus superfluos retinere. Venire namque eos in restitutionem fideicommissi, ex voluntate defuncti, qui contentum esse voluit heredem medii temporis deminutione, quam modò bonâ fide faceret; & quidquid superesset, id omne plenissimè restituere.* L. 3. §. nonnunquam. D. de usur. Et postea. *Hoc verò, cum ita de priori exemplo scripserit Papinianus Quaestionum libris, consequens est, ut libris Responsorum non responderit aliud. Et tamen legitur adhuc in Pandectis, ex Papiniani* Responsorum libro nono, *Heredem, qui quod ex hereditate superfuisset, post mortem suam rogatus est restituere, fructus superfluos restituere non debere.* L. deducta. §. penult. ad SC. Trebell. *Sed videamus, an ea, quam subjicit, ratio consentiat cum adsertione.* Cum, *inquit*, ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant; fructuum autem additamentum non recipiant. *Hujus rationis hic procul dubio sensus est: his fideicommissi verbis*, quod ex hereditate superfuerit, *heredi tantùm permitti deminutionem mediô tempore; non etiam hoc, ut possit fructus sibi adjicere superfluos, nec restituere fideicommissum debere: igitur heredem fructus superfluos restituere. Ac proinde ratio non consentit cum adsertione, & ex eâ potiùs emendanda est adsertio, sublatâ negatione; quàm ex adsertione ratio vel castiganda, vel detorquenda aliorsùm. Quae aperta, & aequa, & voluntati defuncti, & ejusdem Papiniani Quaestionibus admodùm consentanea est.*

Idem CUJACIUS eandem emendationem tuetur lib. 20. Quaestionum Papiniani, in *L.* 3. §. *nonnunquam. D. de usur.* & ad lib. 9. Responsor. Papiniani, in *L. deducta.* 58. §. *penult. D. ad SCtum Trebell.*

MERILLIUS.) Duas rationes suae emendationis affert. Prima est, quòd Papinianus sibi obloqueretur, qui cum respondisset *lib.* 20. *Quaestionum,*

num, in eâdem specie, fructus venire in restitutionem fideicommissi. *L.* 3. §. *nonnunquam*. *D. de usuris & fructib.* non aliter postea responderit *lib.* 9. *Responsor. in L. deducta.* 58. §. *penult. D. ad SCtum Trebell.* Secunda est, quia nisi negatio rejiceretur ex d. §. *penult.* ratio, quam subjicit Papinianus, cum adsertione non conveniret. Verùm si utrumque locum expendamus, non est, cur negatio rejici debeat ex lectione Florentina; aut cur dicamus, rationem cum adsertione non convenire. Ait Papin. in d. *L.* 3. §. *nonnunquam. D. de usur. Nonnunquam evenit, ut quanquam fructus hereditatis, aut pecuniae usurae nominatim relictae non sint; nihilominus debeantur: utputa, si quis rogetur post mortem suam quicquid ex bonis supererit, Titio restituere. Ut enim ea, quae bonâ fide deminuta sunt, in causa fideicommissi non deprehenduntur; si pro modo caeterorum quoque bonorum deminuantur: ita quod ex fructibus supererit, jure voluntatis restitui oportebit.* Hîc verba fideicommissi sunt, ut heres restituat, *quicquid ex bonis supererit*. Et his verbis tenetur heres fructus superfluos restituere. Nam verum est, eos ex bonis testatoris superesse: & ita ex voluntate testatoris restituendi sunt; qui aliter in restitutionem fideicommissi non venirent. *L. in fideicommissaria.* 18. *D. ad SCtum Trebell.* Alia autem verba sunt in *L. deducta.* 58. §. *penult. D. eod.* quibus rogatus fuerat heres, *quod ex hereditate superfuisset, restituere*: & ideo fructus non veniunt in restitutionem. Idque intelligo non de fructibus inventis in hereditate, qui sunt hereditatis, & auctiorem faciunt hereditatem. *L. centurio.* 15. *D. de vulg. & pupillar. substit.* sed de fructibus mediô tempore perceptis ab herede, ante restitutionem fideicommissi: & propterea non veniunt in restitutionem, quia sunt heredis, non hereditatis. d. *L.* 18. *D. ad SCtum Trebellian.* In prima specie d. L. 3. *de usur.* latior est bonorum interpretatio, quàm hereditatis in secunda specie d. *L.* 58. *D. ad SCtum Trebell.* Bonorum appellatio continet fructus, ut etiam pecuniae appellatio. *L. Ballista.* 32. *D. eod.* non etiam hereditatis appellatio continet fructus, qui post mortem testatoris ab herede percepti sunt. Ista distinctio bonorum, & hereditatis, petitur ex L. *quod his verbis.* 83. *D. de legat.* 3. ubi ea sunt verba fideicommissi: *quicquid ex hereditate, bonisve meis ad te pervenerit.* Et testator utrumque junxit, quia aliud hereditatis, aliud bonorum appellatione continetur. Ceterùm distinguenda sunt illa verba, *quod ex hereditate pervenerit*, ab istis, *quod ex hereditate supererit.* ut & distinxit Cujacius d. *cap.* 10. *lib.* 12. *observat.* Et in illis non videtur Modestinus convenire in d. *L.* 83. *D. de legat.* 3. cum Ulpiano in *L.* 2. §. 1. *D. de dot. praelegat.* Sic autem constitutâ differentiâ inter fideicommissi verba, quae in utroque loco referuntur apud Papinianum; videndum est adhuc, an non ratio Papiniani conveniat adsertioni d. L. 58. §. *penult. D. ad SCtum Trebell.* quo potissimùm ductus Cujacius negationem ex lectione Florent. expunxit. Quanquam benè convenit, si intelligas his verbis, *quod ex hereditate supererit*, deminutionem quidem hereditatis contineri: puta, ut heres minus possit restituere, quàm fuerit in hereditate: non tamen ea verba additamentum recipere; ut heres, quod hereditati additum fuerit, puta fructus, restituere teneatur. Id est, testatorem voluisse,

luisse, ut quod ex hereditate, licèt deminutâ, supereslet, restitueretur; non tamen quod hereditati additum fuiflet: quo sensu nihil est apertius. Cujacius alio accipit, ut heres quidem hereditatem deminuere possit, sed additamentum ex fructibus restituere debeat. Ad *lib.* 20. *Quaest. Papin. in d. l.* 3. *D. de usur.* intellexerat de fructibus inventis in hereditate: sed ad *lib.* 10. *Respons. Modestini, in d.* L. 83. *D. de legat.* 3. postea de fructibus mediô tempore perceptis: quod verius est.

Defenditur lectio Florentina in L. Herennius. 43. D. de usur. & fructib.

CAPUT XXXIII.

MODESTINUS lib. octavo-decimo Digest. in L. *Herennius*. 43. *D. de usur. & fructib.*

HErennius Modestinus respondit, ejus temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit; eum, qui mandatis à fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere * posse.

CUJACIUS in recitationib. ad lib. 18. Resp. Modest. in L. *Herennius.* 43. *D. de usur. & fructib.*

Apparet, Graecos omnes legisse in extremo hujus responsi, petere non posse: *ac sanè omnino ita legendum, ratio pervincit. Alioquin est manifestè falsum, quod prae se ferunt verba hujus legis, ut vulgò percepta sunt.*

MERILLIUS.) Postquam speciem ex Basilicis, & ex Cyrillo retulit Cujacius, concludit secundùm Graecos, negationem inserendam esse, quae in lectione Florentina, & aliis codicibus deest. Graeci speciem ita constituunt: Titius erat debitor fisci; Maevius solvit fisco, quod debebat Titius; & fiscus mandavit actiones Maevio, quas habebat adversùs Titium. Ait Modestinus, Maevium licèt in locum fisci successerit, usuras petere non posse, nisi in stipulatum deductae fuerint; id est, nisi nomen Titii usurarium fuisset, deductis usuris in stipulationem. Veruntamen cum fiscus in ea specie actiones Maevio mandaverit; saltem usurae Maevio deberentur, quae fisco currere coeperant, ex quo nomen Titii inter debitores fisci relatum fuerat. Aptiùs ergo videtur constituenda species secundùm lectionem Florentinam; Finge. fiscus successit Titio, in cujus successione repertum est nomen, quod Maevius Titio debebat sine usuris. Ex eo tempore, quo fiscus Titio successit, & Maevius fuit inter debitores fisci; seu, ut loquitur Modestinus, Maevii debitum percepit, usurae fisco deberi coeperunt. *L. fiscus.* 6. *D. de jur. fisc.* Ut usuras ex omni-
bus

bus contractibus accipit, licèt in stipulatum deductae non fuerunt. *L. cum quidam. 17. §. fiscus. D. de usur. & fructib.* Cum autem fiscus Titio successisset, & ex debito Maevii usurae fisco currere coepissent; postea fiscus actiones, quas habebat adversùs Maevium debitorem Titii, mandavit Sempronio. Quaeritur, an Sempronius usuras ejus temporis, quo Maevius fuit fisci debitor, petere possit. Rationem dubitationis attigit Modestinus, quia usurae in stipulatum deductae non fuerant, & debitum Maevii fuerat ab initio sine usuris. Modestinus tamen ait, Sempronium, cui fiscus nomen Maevii cesserit, usuras ejus temporis petere posse: quia Sempronius mandatis actionibus in locum fisci successit, *L. 3. C. de privilegio fisci*, ut usuras petere possit, non quidem post mandatas actiones, litemve contestatam; sed quae fisco currere coeperant, ex quo tempore fiscus debitum Maevii percepit; & nomen Maevii inter debitores fisci relatum fuit. d. *L. 6. D. de jur. fisc.* Haec species valde congruit lectioni Florentinae. Sed Graeci, cum mentem auctorum juris plerunque non assequerentur, lectionem veram turbaverunt.

Defenditur lectio Florentina in L. saepe. 63. D. de re judicat.

CAPUT XXXIV.

MACER lib. 2. de appellationib. in L. saepe. 63. D. de re judicat.

Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet. nam sententia inter alios dicta, aliis quibusdam etiam scientibus * obest: quibusdam verò, etiamsi contra ipsos judicatum sit, * nihil nocet. Nam scientibus nihil praejudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur. Nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praejudicatur: idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest; cum quis de ea re, cujus actio, vel defensio primùm sibi competit, sequenti agere patiatur. Veluti si * creditor experiri passus sit * debitorem de proprietate pignoris; aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae; aut possessor venditorem de proprietate rei emptae. Et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus verò non nocet, illa ratio est; quòd qui scit, coheredem suum agere, prohibere eum, quominùs, uti velit, propriâ actione, vel defensione utatur, non potest. Is verò, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios judicatae, summovetur; quia

quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.

CUJACIUS lib. 12. observat. cap. 25.
Recepta est jam ab omnibus Florentina scriptura in L. saepe. D. de re judicat. *illo loco*: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris. Et postea. *At emendanda est etiam ea lex in principio, dum ad regulam juris, ne res inter alios judicata aliis praejudicet, adhibet distinctionem hoc modo. Nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam verò etiamsi contra ipsos judicatum sit, nihil nocet. Est enim in prima parte distinctionis hujus, negativè legendum,* non obest, *ut in Noricis Pandectis; ut in apponendis ad eam partem exemplis mox infert*: nam scientibus nihil praejudicat, &c. *In secunda autem parte est ὑπερβιβασμὸς, sive traductio verborum; quae ab eo, quod prima pars habet, anetsum nihil proponunt, ut debuere tamen; utque ejus partis resumptio, & subjecta exempla requirunt, in illo loco*: scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, &c. *nisi suo ordini restituantur hoc pacto*: quibusdam verò, etiamsi contra ipsos judicatum nihil sit, nocet. *Aut sanè punctis ita distingui debent*: Quibusdam verò, etiamsi contra ipsos judicatum sit nihil, nocet. *Ut eandem sententiam efficiant: quibusdam scilicet, etiamsi inter alios, & contra alios res judicata sit, non contra se, rem judicatam obesse. Puta, si sciverint rem inter alios agi: nam propter scientiam solam, rei inter alios judicatae subjiciuntur.*

MERILLIUS.) Variis in locis turbata est lectio Florentina in hac L. 63. & à primis quidem Glossographis, ut agnoscit Accursius, & deinceps à Cujacio. Ille quidem in principio lectionem Florentinam probat: *Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*. In aliis Codd. legitur: *Veluti si creditorem experiri passus sit debitor de proprietate pignoris*. Ac negationem retinet, quae est in Noricis, & deest in Florentin. Omnino retinenda est lectio Florentina, nec ulla ex parte mutari debet. Macer regulam istam, ut res inter alios judicata aliis non noceat, sine distinctione non esse admittendam ait; & distinctionis duas partes facit. Prima est, quòd res inter alios judicata quibusdam etiam scientibus obest. Secunda, quòd quibusdam etiam scientibus non praejudicat. Advertendum est autem, posterioris partis priùs, deinde primae partis exempla subjici. Quod cum non adverterent, ad immutationem verborum accesserunt: quasi exempla distinctionis non satis convenirent: sed ita manifestum est, posterioris partis priùs exempla subjici. Finge: Primus, & Secundus fuerant heredes instituti. Creditor egit adversùs Primum, & judicatum eum fecit. Sententia quae inter Primum, & creditorem lata est, Secundò coheredi non nocet. *L. 2. Cod. quibus res judicat. non noc.* Quod exemplum posteriorem partem distinctionis respicit: ut & quod sequitur. Finge: Petitor, qui egerat rei vindicatione, duos heredes reliquit: unus ex his rem in judicium deduxit, & victus est: ea sententia non nocebit coheredi, quominus pro parte sua iterum rei vindicatione agere pos-

possit. *L. si petitor.* 31. *D. de judiciis.* His igitur duobus exemplis Macer ostendere voluit, rem inter alios judicatam aliis, etiam scientibus, non obesse: quod pertinet ad secundam partem distinctionis. Et postea redit ad priorem partem, ut ostendat, rem inter alios judicatam scientibus obesse. Cùm is, qui primus actionem, vel defensionem habet, sequentem agere patitur: puta, cùm creditor passus est debitorem experiri de proprietate pignoris: victô debitore, sententia adversùs debitorem dicta creditori nocet; qui potuit pignus vindicare, vel etiam adversùs vindicantem pignus excipere, quòd pignus rectè contractum fuerit. *L.* 3. *D. de pignorib. & hypothec.* Et quidem scienti creditori nocet, non ignoranti. *L. judicatae.* 29. *D. de except. rei judicat. L.* 4. §. *penult. D. de appellationib. L. Praeses.* 5. *C. de pignorib. & hypothec.* Ita sententia adversùs socerum, vel uxorem dicta nocet marito, qui passus est socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae experiri: cum maritus, ut dominus rei dotalis, agere potuerit. *L. doce.* 9. *C. de rei vindicat. L. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* Idem est, si Titius rem suam vendiderit Maevio, eamque tradiderit; & Maevius possessor rei emptae passus fuerit, Titium venditorem de proprietate rei emptae agere: sententia lata adversùs venditorem, nocebit emptori, quia venditorem agere permisit, cum ipse agere potuerit post traditionem. *L. si ancillam.* 11. *C. de actionib. empt.* Hacce distinctione adhibitâ ad regulam, tandem Macer in §. *cur autem*, affert rationem distinctionis. Quia in primis exemplis, quae posteriorem (ut diximus) partem distinctionis respiciunt; puta, quando unus ex heredibus egerit, vel cum eo actum fuerit, coheres id prohibere non potest. Et ideo sententia adversùs heredem lata, coheredi licèt scienti nocere non debet. In aliis autem exemplis, quae priorem partem respiciunt, res alios inter judicata aliis scientibus obesse debet: veluti si creditor debitorem agere passus fuerit; vel maritus socerum, uxoremve; vel, emptor venditorem: quia cum scirent, prohibere potuerunt, & de jure quod ex persona aliorum habebant, agi permiserunt. Sub finem legis Macer duo exempla subjicit, ad distinctionem regulae: sed primum quidem, partem primam distinctionis; aliud, secundam respicit; contra quàm supra fecerit.

De-

Defenditur lectio Florentina in L. idemque. 10. §. si procurator. D. mandat. *& conciliatur cum* L. qui sine. 38. D. de negot. gest.

CAPUT XXXV.

ULPIANUS lib. 31. ad edictum, in L. idemque. 10. §. si procurator. D. mandat.

SI procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed & si pecuniam meam foenori dedit, usurasque consecutus est; consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcumque emolumentum sensit: sive ei mandavi, sive non: quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quòd si non exercuit pecuniam, sed ad suos usus convertit; in usuras convenietur, quae * legitimò modò in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait, etiamsi usuras exegerit procurator, & in usus suos convertit, usuras eum praestare debere.

CUJACIUS lib. 13. observat. cap. 15.

Incidi in L. idemque. §. si procurator. D. mandat. *in quâ non possum non affirmare, trajectionem esse manifestam horum verborum*: quae legitimò modò in regionibus frequentantur: *& debere ea primo loco collocari, quo dicitur, procuratorem ejus pecuniae, quam habeo, usuras ex mora praestare*; quae scilicet legitimò modò in regionibus frequentantur, *ut* L. 1. *in princ.* de usur. *Secundo autem loco ait*; si procurator eam pecuniam foenori occupaverit, eum praestare usuras; quas consequutus est. *Ac deinde tertio, si eam pecuniam in suos usus converterit, eum debere usuras legitimas, usuras centesimas; exemplo tutorum, & curatorum, & Duumvirorum, qui Reip. negotia gesserunt. Nam ab his procuratores, vel gestores separari non sinit* L. qui sine. D. de negot. gest. *& haec verba*, si ad suos usus converterit, *in malo semper accipiuntur*: *si clam, & improbè pecuniam domini in suos usus converterit. Ne quis hoc casu dicat, deberi tantùm eas, quae in regionibus frequentantur, quòd eam pecuniam palàm & syncerâ fide in suos usus converterit; puta, sibi mutuam rationibus scribendò.* L. quoties. §. non tantùm. L. non existimo. D. de administr. tutor. *Non possis hoc fingere tu ipse syncerâ fide, & supplere quod lex praetermisit; quodque auctores, dum ita loquuntur, semper accipiunt in malam partem.*

MERILLIUS.) Ideo putat, verba hujus legis trajecta esse; quòd primùm agit Ulpianus de usuris, quae debentur ex mora arbitriò judicis, in bonae fidei contractibus; quaeque veniunt secundùm morem regionis. *L. 1. D. de usur.* Postea agit Ulpianus de usuris, quas procurator ex domini pecu-

pecuniâ occupatâ perceperit, non secundùm morem regionis, sed quantascunque perceperit. Tertiò, de usuris, quas procurator debeat, si pecuniam domini in suos usus converterit; easque debeat, non ut in regionibus frequentantur, sed maximas, seu gravissimas. Quòd si procurator eo casu deberet tantùm usuras, quae in regione frequentantur, pugnaret *L. qui sine*. 38. *D. de negot. gest.* Ubi tutores, & curatores, & Duumviri, qui pecuniam in suos usus converterint, tenentur ad usuras maximas. Atque ita procurator ad easdem usuras teneri debeat, non ad eas, quae in regionibus frequentantur, secundùm lectionem Florentinam in d. *L.* 10. §. 2. *D. mandat.* Idem verò Cujacius in *notis Digestorum*, ad d. *L.* 10. *D. mandat.* & ad *L.* 1. *D. de usur.* haec verba, *legitimò modò*, inserta putat à Triboniano, propter *L. eos. C. de usuris*. Quid igitur impedit retineri lectionem Florentinam, si intelligas in tertia specie, cum procurator domini pecuniam in suos usus converterit, teneri ad usuras, quae in regionibus frequentantur *legitimò modò*: id est, ad modum lege definitum, seu usuras maximas, legitimas, & centesimas. Qui est summus modus usurarum lege definitus; sive Ulpianus respexerit ad legem Gabiniam, aliamve legem, quae modum usuris praestituit; sive Tribonianus ad constitutionem Justiniani. Non simpliciter dixit Ulpianus, usuras procuratorem debere, quae in regionibus frequentantur: cum aliae sint leviores, aliae graviores. *L.* 3. *D. de eo, quod cert. loc. dar. oport.* Theophilus in §. *si quis agens*. *Instit. de actionib.* sed adjecit, *legitimò modò*: id est, ut ad summum modum lege definitum deberi possint; non tamen possint eum modum excedere. Atque ita non pugnabit d. *L.* 10. §. 2. *D. mandat.* cum d. *L. qui sine*. 38. *D. de negot. gest.* si utroque in loco eaedem usurae debeantur.

Defenditur lectio Florentina in L. quarundam. 51. *in fin.* D. de acquir. vel amitt. poss. *& sententia Javoleni ex alio loco vindicatur.*

CAPUT XXXVI.

JAVOLENUS lib. 5. ex posterioribus Labeonis, in L. quarundam. 51. D. de acquir. vel amittend. possess.

QVarundam rerum animô possessionem apisci nos, ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vinô venditô, cùm universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrùm mihi, an & cuilibet jusserim, custodia tradatur. In eo puto, hanc quaestio-

nem consistere, an etiam si corpore acervus, aut amphorae adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur. Nihil video interesse, utrùm ipse acervum, an mandatô meô aliquis custodiat: utrobique * animi quodam genere possessio erit aestimanda.

CUJACIUS in recitationib. ad tit. *D. de acquir. vel amitt. possess.* in *L. quarundam.* 51.

Unde & in hac lege procul dubio legendum est, utrobique, *id est*, *utroque casu*, *utroque exemplo struis lignorum*, *& vini universi*, *quod esset in amphoris*. *Utroque*, *inquam*, *casu & exemplo*, corporis quodam genere possessionem aestimari: *id est*, *quodammodò corpore possessionem acquiri*, *hisce rebus impositô custode*: *corporis*, *inquam*, *non animi*.

Idem CUJACIUS in paratit. Cod. ad tit. *de acquirenda*, *& retinenda possess.*

Denique possessionem, *sive naturalis ea sit*, *sive civilis*, *adquiri corpore nostrô*, *vel alienô*: *aut velut corpore*, *sive* corporis quodam genere, *ut lego in* L. quarundam. D. eod. tit. *& animô nostrô*, *aut quasi nostrô*; *ut per infantem tutore auctore*, L. 3. *non alienô*.

MERILLIUS.) Expendendae sunt singulae legis partes, ut videamus, an mutari debuerit lectio Florentina. Javolenus primùm ex Labeone refert, quarundam rerum possessionem animô nos apisci: veluti acervi lignorum, & vini per aversionem in amphoris venditi. Et postea refert dubitationem ejusdem Labeonis, an non ea traditio corporis dici possit; cum venditor acervum, aut vinum tolli jusserit, & emptor custodierit, vel alius jussu emptoris. Et ita quidem traditionem factam videri ait; sed utroque casu possessionem animi quodam genere esse aestimandam, ut Labeoni consentiat: quod aliâs ei contigit in iisdem libris ex posterioribus Labeonis, licèt diversae sectae fuerint, ut ostendimus *lib.* 5. *observat. cap.* 38. Labeo fuit auctor sectae Proculejanorum: Javolenus fuit ex Sabinianis, & Juliani praeceptor. *L.* 5. *D. de manumiss. vindict.* Id igitur vult Javolenus, possessionem ligni, & vini, animi quodam genere aestimari; & magis animô, quàm corpore apprehensam videri. Eam verò fuisse mentem Javoleni, constat ex *L.* 1. §. *si jusserim.* 21. *D. de acquirend. vel amittend. possess. Si jusserim*, *venditorem procuratori rem tradere*, *cum ea in praesentia sit*, *videri mihi traditam Priscus ait*. *Idemque esse*, *si nummos debitorem jusserim alii dare*. *Non est enim corpore*, *& actu necesse apprehendere possessionem*, *sed etiam oculis*, *& affectu*. Prisci nomine, Paulus Javolenum intelligit; ut Priscus dicitur apud Plinium *lib.* 6. *Epistol.* Ulpianus *lib. sing. Reg. tit.* 11. sub fin. & *L. si habitatio.* 10. §. 1. *D. de usu*, *& habitat.* quod igitur Javolenus ait in *L. quarundam.* 51. *D. de acquir. vel amittend. possess. possessionem animi quodam genere aestimandam*: idem in d. *L.* 1. §. *si jusserim*, *oculis*, *& adfectu acquiri*: ut ita magis animô acquiri videatur, cum corpore adprehensa non fuerit. Et adhuc eam Javoleni sententiam fuisse, deprehenditur ex *L. pecuniam.* 79. *D. de solut. & liberat.* quae est ex *lib.* 10. *Epistol. Javoleni*. Tantùm igitur abest, ut lectio

lectio Florentina mutari debeat, quin potiùs contra mentem Javoleni legeretur in d. *L. quarundam*. 51. *D. de acquir. vel amitt. possess.* corporis quodam genere possessionem aestimandam: quia potiùs animô, seu affectu; quàm corpore aestimari voluerit. Admittebat quidem traditionem ita factam videri, sed possessionem magis animô, quàm corpore esse apprehensam.

Defenditur lectio Florentina in L. fructus. 7. §. si vir in fundo. 10. D. solut. matrim.

CAPUT XXXVII.

ULPIANUS lib. 31. ad Sabinum, in L. fructus. 7. §. si vir in fundo. 10. D. solut. matrim.

SI vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, * & fundum fructuosiorem fecerit: marmor, quod caesum, neque exportatum, est mariti; & impensa non est ei praestanda: quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur: quales sunt in Gallia, sunt & in Asia. Sed si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cujus alterius materiae sint, vel harenae; utique in fructu habebuntur.

CUJACIUS ad L. 4. *D. de usurpat. & usucap. in §. si pupilli.*

Animadverti crebrò hos articulos, &, nec, *errore librariorum commutari: & proferam hac de re quatuor exempla. In* L. bona. §. quod filius. *inf.* de captiv. & postlim. reverf. *vulgò legitur*, & si vivo patre decesserit: *legendum credo*, nec si vivo patre. *Rursus in* L. qui fundum. §. coheres. D. ad leg. Falcid. *puto legendum*, nec semis pupilli legatis exhaustus sit. *Item in* L. 6. C. de his, qui sibi adscrib. in testament. *auctoribus libris scriptis emendandum censeo*, nec suis litteris. *Postremò* L. fructus. §. si vir. D. solut. matrim. *sic esse corrigendam censeo*, nec fundum fructuosiorem fecerit, *ex* L. ult. D. de fundo dotal.

Idem CUJACIUS lib. 15. observat. cap. 21.

Quod in L. 7. §. si vir. solut. matrim. *legi*, nec fructuosiorem fecerit: *in eo perstare me compellit* L. ult. de fund. dotal. *& ratio ipsa, cui scriptum servire debet potiùs, quàm scripto ratio: & longè major culpa rationis evidentissima, quàm scripto inferentis vim. Si clames, vim adferri scripto; clamem, dum arctè vis tenere scriptum, vitiare te, & corrumpere rationem: quod vitium certè illô longè deterius, aut hoc potiùs vitium, non illud. Non potest autem fructuosior fieri fundus apertis lapidicinis, quin lapides in fructu sint: atqui lapides non sunt in fructu.* d. §. si vir, L. si ex lapidicinis. D. de jur. dot. *Ergo his inventis lapidibus, fructuosior fundus non fit. Quinimò si deterior fit, ut ait* L. ult. de fund. dotal. *rectè non fit* fru-

fructuosior: & si sit fructuosior, impensas marito restitui aequum est. Atquin impensae ei non restituuntur: ergo non fecit fundum fructuosiorem. Ulpianus eleganter in tit. de dotib. *utiles impensas esse, quibus dos fructuosior fit: his igitur, quae fiunt in aperiendis lapidicinis, si fundus dotalis fructuosior fit; consequens est, divortiò factò praestari eas debere à muliere: aut si non praestantur, consequens est, his impensis fundum fructuosiorem non fieri. Nec potest igitur stare, quod ait Ulpianus in d.* §. si vir, *fundum fructuosiorem fieri, & impensas non praestari.*

MERILLIUS.) Prae illis quatuor emendationibus, quas Cujacius retulit in *L.* 4. §. *si pupilli. D. de usurpat. & usucapionib.* aliam posuerat ex *L.* 4. §. *si quis non tutor. D. de dol. mal. & met. except.* & ubi legitur in Pandect. Florent. *& usucapta sit*, legit ille, *nec usucapta sit*: quas fortè aliquando exequemur. Et quidem propter emendationem *L.* 7. §. *si vir uxori. D. solut. matrim.* reprehensus fuerat à J. Roberto *lib.* 1. *Receptar. lect. cap.* 10. Ideoque istam emendationem enixè tuetur *lib.* 15. *observat. cap.* 21. pluribus rationibus, quae omnes eliduntur eâ distinctione. Si enim maritus in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerit, & tale sit marmor, ut ibi renascatur; maritus fundum fructuosiorem fecit, & marmor erit in fructu, & impensam marito uxor praestare debebit. At si tale sit marmor, ut non renascatur; maritus fundum deteriorem fecit, nec marmor erit in fructu, nec impensam uxor praestare debebit, quam maritus in lapidicinis aperiendis fecerit. Quam distinctionem Javolenus ad Labeonem affert in *L. ult. D. de fundo dot.* Ibique sententia utriusque apertè relata est. At Ulpianus commiscuit in d. *L.* 7. §. *si vir. D. solut. matrim.* Labeo nolebat uxorem impensas praestare, quia non essent necessariae: Javolenus autem voluit praestare, quod essent utiles. *L.* 5. §. 7. & 8. *D. de impens. in res dotal. fact.* Quòd si impensae utiles fuerint, cum maritus lapidicinas in fundo dotali aperuerit; dicendum est, fundum fructuosiorem fecisse, in d. *L.* 7. §. *si vir. D. solut. matrim.* secundum lectionem Florentinam. Nam ex utilibus impensis dos fit fructuosior. Ulpianus *tit.* 6. *de dotib.*

Defenditur lectio Florentina in L. si existimans. 48. D. de usurpat. & usucapionib.

CAPUT XXXVIII.

PAULUS *lib.* 2. *Manualium, in L. si existimans.* 48. *D. de usurpat. & usucapionib.*

SI existimans debere, tibi tradam; ita demum usucapio sequitur, si & tu putes debitum esse. Aliud, si putem me ex causa venditi teneri, & ideo

ideo tradam. Hic enim nisi * auctio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet.

CUJACIUS in notis ad lib. sing. Reg. Ulpiani, *tit.* 22. in V. *actionem. Actionem, pro auctionem, ut in* L. 2. §. tutor. §. procuratorem. D. pro emptor. L. si existimans. D. de usurpat. & usucapion. L. 2. §. final. de collat. bonor.

Idem CUJACIUS ad *tit. de usurpat. & usucapionib. in L. si existimans.* 48. in V. *nisi actio.*

Sic Florent. pro auctio, *ut in* fragment. Ulpiani tit. 22. *annotavi.*

MERILLIUS.) Jam ostendimus *lib.* 2. *observ. cap.* 8. ut apud Ulpianum auctionis verbum reponi non debeat: & in alios locos, ubi etiam reponi voluit, dum occurrunt, inquiremus. Manifestum est in *L.* 48. *D. de usurpat. & usucap. auctionis* verbum non esse reponendum; & retinendam esse lectionem Florentinam. Paulus actionem dixit, pro actu, ut actus legitimi in *L. actus.* 77. *D. de regul. jur.* alias dicuntur legis actiones. Ait igitur Paulus, usucapionem non habere locum, nisi actio praecesserit, id est, actus: quod verbum generale est, & ad contractus pertinet, sive re, sive verbis agantur, sive etiam consensu. *L. Labeo.* 19. *D. de verbor. significat.* Praeterea actionis verbum, quod Cujacius etiam notare voluit *lib.* 41. *ad edictum, in L.* 2. §. *ult. D. de collat. bonor.* propriè dicitur, ut liberi, qui in potestate sunt, actionem habeant ad ea, quae morâ deteriora futura sunt, distrahenda. At propriè auctio pro distractione. *L.* 2. §. *tutor.* §. *procuratorem. D. pro emptore.*

Defenditur lectio Florentina in L. 2. §. item Varus. D. de aquae, & aq. pluv. arcend. act.

CAPUT XXXIX.

PAULUS lib. 49. *ad edictum, in L.* 2. §. *item Varus. D. de aq. & aq. pluv. arcend. act.*

ITem Varus ait: Aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. Idemque putat, & si manu factus fuit, neque memoria ejus extaret. Quòd si extet; putat, aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiam si memoria ejus * non extat, agi posse, ut reponatur. Nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit: sed ne noceat, aut interpellet

pellec facientem, quod jure facere possit. Quanquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio; attamen opinor, utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversùs vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi verò nihil nociturus est. Haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

CUJACIUS ad lib. 49. Pauli ad Edictum.

Item si agger fuerit manu factus, modò si memoria ejus interciderit, ut in §. Cassius, *cessat etiam actio aquae pluviae arcendae. Sed si memoria ejus adhuc vigeat, haec actio competit, in hoc, ut vicinus aggerem restituat, reponat in pristinum statum, aut reponi sinat suis sumptibus. Et haec fuit sententia Alpheni Vari, à qua tamen discedit Labeo, & dissentit: qui etiamsi memoria aggeris manu facti exstet, ait, dejecto aggere insolitâ vi aquarum, hanc actionem cessare. Sic enim omnia haec verba in* hoc §. item Varus. *ordinanda sunt*: Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria ejus extat, agi non posse, ut reponatur. *Quod liquidò demonstrat ratio, quae sequitur: quia hac actione aquae pluviae arcendae nemo cogi potest, ut vicino prosit: quod cogeretur dominus superioris fundi, si dejectum aggerem reficere cogeretur. Sed hac actione in id tantùm vicinus astringitur, ne noceat; vel ne adfinem vicinum interpellet, qui suo fundo vicinus adcolit, id facientem, quod jure facere potest. Ut si jus ei concessum sit habendi aggeris in fundo vicini, ne eum habere, aut reponere vetetur. Quo nomine si vetetur, etiam habet utilem actionem aquae pluviae arcendae, vel interdictum* Quod, vi aut clam. L. 1. *in fin.* hoc tit. *secundùm distinctionem legis* 14. §. penult. & L. 22. hoc tit. *Quod & Labeo subjicit in hoc* §. item Varus *illo loco*. Quanquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio directa.

MERILLIUS.) Actio aquae pluviae arcendae est ex *lege* 12. *Tabul.* cujus & fragmentum extat in *L. Labeo.* 21. *D. de statuliber.* & ideo *aqua legitima* Servio ad *lib.* 1. *Georg.* & *aqua pluvia*, quòd *lex* 12. *Tabul.* aquae pluviae mentionem fecisset. Datur autem ea actio de damno, quod timetur ex opere manu facto in agro vicini, unde aqua pluvia vicino nocere potest: daturque, ut vicinus opus, quod fecit, restituat, aquamque coërceat. Sed finge ad speciem hujus loci: Titius, & Maevius habebant fundos confines: agger erat in fundo Titii, seu terra aggesta, quam vis aquae dejecit; & ita effectum est, ut aqua pluvia agro Maevii noceret. Quaeritur, an Maevius adversùs Titium agere possit, ut aggerem reponat, vel reponi sinat. Alphenus Varus distinguit, an naturalis agger fuerit, vel manufactus. Si quidem naturalis fuerit, Maevium non posse agere adversùs Titium aquae pluviae arcendae actione, ut Titius aggerem reponat, vel reponi sinat. Quia istâ actione agi non potest, cùm aqua naturaliter nocitura est, ut est apud M. Tullium in *Topicis*: nec igitur cum naturaliter nocuit, puta, ex aggere naturali. Sed si ex aggere manu facto aqua nocuit, adhuc distinguit Varus, an memoria aggeris facti extet, vel non: si non extet, perinde esse, ac si naturalis agger fuerit; & Maevium

vium adversùs Titium agere non posse. Si verò extet, Titium aquae pluviae arcendae actione teneri. Labeo contra Varum existimat, etiamsi memoria aggeris facti non extet, Maevium *agere posse, ut reponatur*, secundùm lectionem Florent. quam ita Cujacius intelligit, quasi Labeo senserit, Maevium cogere posse Titium, ut aggerem reponat. Ita verò debet intelligi, non ut Maevius cogat Titium reponere, sed ut Titius Maevium reponere patiatur: *ut reponatur*, non à Titio, sed à Maevio. Et convenit ratio, quae sequitur: quia si Maevius cogere vellet Titium, ut aggerem reponeret; id esset contra naturam actionis, quae ad hoc datur, ne vicinis noceat, non etiam ut prosit. Ideo tantùm Maevius adversùs Titium agere potest, ut aggerem reponi sinat, nec interpellet facientem, *quod jure facere potest*. Quibus verbis Labeo in hac specie directam actionem Maevio competere voluit: sed postea Paulus subjicit, (non Labeo, ut videtur) & si directa actio aliàs deficiat, utilem ex aequitate dari oportere, sive in factum, quae accommodatur à Praetore ad exemplum directae, seu legitimae actionis. *L. si usufructus*. 22. *D. de aq. & aq. plu. arcend. act.* & ideo est Praetoria, non civilis: ut & aliae actiones utiles, & in factum, quas Praetor accommodat legibus; quasque Praetorias, non civiles dici oportere, alibi observavimus. Ita autem constitutâ specie hujus loci, Florent. lectionem retineri posse constat: quam ideo magis retinendam putamus, quod & Guillelmo Marrano Cujacii studioso, Praeceptori meo, maximae dignationis JCto, mihique perpetuâ colendo memoriâ, in *Paratit. ad tit. de aqu. & aqu. pluv. arcend. act.* id videam placuisse.

Defenditur lectio Florentina in L. bona. 22. §. quòd si filius. D. de captiv. & postl. reverf.

CAPUT XL.

JULIANUS lib. 62. Digestorum, in L. bona. 22. §. quòd si filius. D. de captiv. & postl. reverf.

QUòd si filius ejus, qui in hostium potestate est, accipit, aut stipulatur: id patre, priusquàm postliminiò rediret, mortuò, ipsi adquisitum intelligitur: * & si vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. Nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti esset. Reversô quidem patre, existimatur nunquam suae potestatis fuisse: mortuô, tunc paterfamilias fuisse; cum pater ejus in hostium potestate perveniret.

CUJACIUS in Recitationibus ad lib. 62. Digestorum Juliani, in *L. bona*. 22. *§. quòd si filius. D. de captiv.*

Itaque

Itaque rectè censent, qui, ut Accursius refert hoc loco illius §. & si vivô patre captivô decessit, *ad heredem patris pertinebit. Hic, inquam, negationem desiderant. Quae bellè reponetur, si pro* & si, *legat*, nec si. *Qualia in omnibus auctoribus delicta frequenter occurrunt.*

Idem Cujacius ad *tit. de usurpat. & usucapionib. in L.* 4. §. *si pupilli*, istam emendationem antea probaverat.

MERILLIUS.) Quaestio est, an si filius patre captivô quidquam adquisierit, & filius decesserit, vivô adhuc patre captivô, id ad heredem filii pertineat. Et quidem pertinere certum est. *L. penult. D. de suis, & legit.* non ad heredem patris. *L. proponebatur.* 8. §. *ult. D. de castrens. peculio* Contra verò hîc Julianus, *& si vivô patre decesserit, ad heredem patris pertinebit*. Propterea nonnulli, ut refert Accursius, negationem inserere voluerunt, & legere, *ad heredem patris non pertinebit*. Ut conveniat Julianus cum Ulpiano in d. *L.* 8. §. *ult. D. de castrens. pecul.* Cujacius aliter negationem reponit, & legit, *nec si vivô patre*. Attamen lectio Florent. defendi potest, si fingamus filium mortuum, dum pater adhuc captivus esset; & post mortem filii patrem ab hostibus rediisse. At, inquies, si pater reversus fuerit, ad ipsum patrem pertinebit, non ad heredem patris. Ideo verò Julianus dixit, non ad patrem, sed ad heredem patris pertinere: quia heredem patris opponere voluit heredi filii, ad quem, mortuô patre apud hostes, pertinet. Et quidem si ad heredem patris pertinet, intelligimus ad patrem ipsum pertinere. Ita autem supplendam esse mentem Juliani, deprehenditur ex eo, quod sequitur; *reversô quidem patre, existimatur nunquam potestatis suae fuisse*. Ibi enim rationem affert, cur ad patrem, heredemve patris pertinere debeat. Atque ita sanè meliùs est, mentem JCtorum interpretatione supplere non incongruâ, quàm verba insubidâ cogitatione immutare.

Istae sunt lectiones defensae ex libris Florent. quas non secundùm ordinem Digest. posuimus, aut secundum libr. Cujacii, sed prout occurrerunt. Si qui rectè defensas esse judicarint, tentabunt fortè meô exemplô non statim emendationi acquiescere; sed potiùs alias lectiones tueri, quas plerique post Cujacium audenter nimis, sub auctoritate juris scientiae, impugnarunt. Non est interpretis legum verba, quae aliquam habent obscuritatem, dubitationem, ἀπορίαν, immutare, trajicere, emendare; sed mentem earum quantâ potest meditatione extundere; & quamlibet interpretationem, modò convenientem, affingere, aut subsistere, antequam ad emendationem veniatur.

Finis Variantium interpretationum ex Cujacio, in libris Codicis.

ADJE-

ADJECTAE SUNT
VARIANTES
QVAEDAM INTERPRETATIONES
CUJACII
Ex libris Institutionum Imperialium, & ex Theophilo paraphraste.

CAPUT PRIMUM.

Variantes ex libris Institutionum.

JUSTINIANUS in §. Praeterea. Institution. Quib. mod. tollitur obligat.

PRaeterea novatione tollitur obligatio: veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio dari stipulatus sis. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit; quo casu res amittitur; nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio * nulla est.

CUJACIUS in notis prioribus Institutionum, ad §. *praeterea. Institut. quib. mod. tolli t. oblig.*

Nulla est, ne naturalis quidem. Nimirum quia pupillus animi judicii caret. L. quod pupillus. D. de condict. indebit. L. pupillus. D. de obligat. & actionib. *Sed tamen si pupillus factus sit locupletior, jure naturali obligatur, ut ait* L. naturaliter. §. ult. & L. prox. D. de condict. indebit.

Aliter idem CUJACIUS in notis secundis Institut. ad §. *praeterea. Institution. quib. mod. tollit. obligat.*

Nulla, quia non civilis; naturalem tamen esse ponendum est: atque ob id etiam, quasi in causam quodammodò novationis translata fuerit prior obligatio, jure pristinò cum debitore agi non posse.

MERILLIUS.) Si ulla est Cujacii variatio observanda, ea maximè, quae hoc loco traditur ex notis prioribus, & posterioribus Institutionum: has enim & illas suô periculô ratas esse voluit. Utraque tamen sententia vera esse non potest, ut nec ajentia, & negantia vera esse possunt. Gregor. Nazianz. *or. 46. ad Nectarium. δύο γὰρ ἐναντίους λόγους περὶ αὐτοῦ πράγματος ἀληθεῖς εἶναι φύσις οὐκ ἔχει. Duos contrarios sermones de eâdem re veros esse, natura non fert.* At in prioribus notis ait, pupillum stipulando nullo modô obligari, neque civiliter, neque naturaliter; sub hac tamen exceptione, nisi locupletior factus sit. Quo casu putat, jure naturali pupillum obligari. In notis posterioribus ait simpliciter, pupillum stipulando naturaliter obligari; ita ut novatione factâ in personâ pupilli, propter naturalem ipsius obligationem prior obligatio tollatur, secundùm Ulpianum in *L.* 1. *D. de novationib. & delegat.* Non convenit Ulpiano Neratius in *L. quod pupillus.* 41. *D. de condict. indeb.* Idque ex scholarum diversitate profectum ostendimus *lib.* 1. *Variantium Interpretationum* ex Cujacio, *cap.* 20. & *lib.* 8. *observationum*, *cap.* 4.

JUSTINIANUS *in* §. *Praeterea. Institut. de actionib.*

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus; in quibus nisi arbitriô judicis, is, cum quo agitur, satisfaciat, veluti rem restituat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat; condemnari debeat.

CUJACIUS in notis priorib. Institut. ad §. *praeterea. Institut. de actionib.*

Arbitrium judicis, & arbitratus dicitur. L. qui restituere. D. de rei vindicat. L. illud. D. de eo, quod met. caus. & *officium.* L. metum. §. ex hoc edicto. eod. tit. *Actiones autem arbitrariae non utique sunt illae, in quibus condemnationem jussus praecedit; quemadmodum fit in vindicatione, ad exhibendum, Quod metus causâ; sed ex quibus condemnatio fit officiô, arbitrioque judicis.*

Aliter CUJACIUS ad lib. 21. Pauli ad edictum, in *L. harum.* 7. *D. si servit. vindicet.*

Ex quo intelligimus, non tantùm rerum corporalium, sed etiam incorporalium, puta, servitutum etiam vindicationem esse arbitrariam: quia damnationem, vel absolutionem praecedit arbitrium judicis; quia damnationem, vel absolutionem in omni vindicatione praecedit arbitrium, officium, jussum judicis, quo jubet sine cunctatione rem actori restitui, vel praestari cautionem huic rei.

MERILLIUS.) Quaedam actiones arbitrariae sunt, in quibus jussu judi-

judicis non praecedente, ut res restituatur, fit condemnatio arbitriô judicis. Ut est actio arbitraria de eo, quod certô locô dari oportet. Cùm enim istâ actione agitur, judex arbitratur, quid reum actori praestare oporteat. *L.* 2 *D. de eo, quod cert. loc. dar. oport.* At sunt & aliae actiones arbitrariae, in quibus jubet rem restitui, ut sunt vindicationes rerum corporalium, & incorporalium, & actio de dolo. *L. arbitrio.* 18. *D. de dol. mal.*

JUSTINIANUS in §. fidejussores. Institut. de fidejussorib.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur: Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re.

CUJACIUS ad lib. 11. Respons. Papiniani, in *L. pecuniae*. 9. *D. de usuris.*

Obstat L. Graecè. §. illud. D. de fidejussorib. *quae lex ostendit, fidejussorem, qui pro debitore obligato in decem promisit quindecim, nullâ ex parte teneri; neque in decem, in quae tantùm si promisisset, teneretur utiliter; neque in quindecim, ut loquitur ea lex,* omnino non obligari.

Aliter CUJACIUS in notis secundis Institut. ad §. *fidejussores. Institut. de fidejussorib.*

Si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur. Contra verò obligari non potest, in majorem summam scilicet; in debitam enim summam obligari magis est.

MERILLIUS.) Si fidejussor in majorem quantitatem se obligaverit, quàm reus principalis debeat; non tenetur in id, quod excedit rei obligationem: sed tenetur in quantitatem rei obligatione comprehensam. Quod magis admittendum probavimus *lib. 1. variantium ex Cujacio, c.* 50.

JUSTINIANUS in §. Sed haec hodie. Institut. de satisdationib.

Sed haec hodie aliter observantur; sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suô nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur; sed pro sua tantùm persona, quòd in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.

CUJACIUS in notis priorib. Institut. ad §. *sed haec hodie. Institut. de satisdationib.*

Hodie reus non satisdat, judicatum solvi; sed judicio se adfuturum usque ad finem litis, aut satisdat, aut jurat, aut repromittit. Jurat vir illustris. L. quotiens. C. de dignitatib. *& qui immobilia possidet.* L. sciendum. D. qui satisd. cogant. L. in sacris. C. de proxim. sacror. scrinior. L. multis. C. de princ. agent. in reb. Novell. Valent. de Episcop. judicio.

Aliter CUJACIUS in Paratit. Digestor. ad *tit. qui satisdar. cogant.*

Consequenter necesse fuit explicare, qui satisdent judicio sisti fidejussore datô locuplete, vel qualicumque; & qui caveant vel nudâ repromissione, vel juratâ.

ratâ: quod hic titulus absolvit. Repromittunt rerum immobilium possessores, vel Resp. ut L. 6. D. ut legat. nom. caveat. *Juratô promittunt clarissimi viri. Qualemcumque fidejussorem dant personae edictô comprehensae.*

MERILLIUS.) In not. Institut. distinguit, eos qui satisdant, jurant, aut repromittunt: & ait, eum, qui immobilia possidet, jurare, non repromittere, ex *L. sciendum. D. qui satisd. cogant.* quae quidem probat, possessores rerum immobilium non teneri satisdare, id est, cavere datis fidejussorib. At non probat juratô promittere. Quod tamen tentari potest ex *L. in sacris. 12. C. de prox. sacror. scrinior.*

Multae aliae variationes Cujacii ad libros Institutionum observari possunt in notis manuscriptis post mortem editis, quae parenthesi inclusae sunt. At nobis satis visum est, eas attingere, quas edidit, quasque suô periculô ratas esse voluit.

Variantes interpretationes Cujacii ex Theophilo paraphraste Institutionum Imperialium.

CAPUT II.

Varium Cujacii de Theophilo judicium.

CUJACIUS (de Theophilo) ad lib. 10. Digest. Juliani, in *L. non omnis. 19. §. si pupillus. D. de reb. credit.*

Ex intima Jurisprudentia fuit hic auctor, ut & vetustissimus, ita & jurisprudentissimus; ita ut ab iis, quae scribit, non sit temerè recedendum.

Idem CUJACIUS in recitationib. ad *tit. Institut. de actionib.*

Hunc errorem etiam Theophilus sequitur, quem ego auctorem existimo post Accursium scripsisse; ut & non sit causa, cur plus quàm ipsi Accursio credamus, quem plerumque ita solet imitari, ut multis in locis verbum è verbo exprimat.

MERILLIUS.) Varium est admodùm illud de Theophilo judicium. Tum quia *ad Julianum* ait, auctorem esse vetustissimum, & ex intima Jurisprudentia: & in *recitationib. ad tit. de actionib.* eum post Accursium scripsisse. Tum quia *ad Julianum* ait, à Theophilo non temerè recedendum: *ad tit. de actionib.* ei non plus, quàm Accursio credi oportere. Equidem Theophilus paraphrastes Institutionum fuit alius à Theophilo, cui Justinianus cum aliis juris enucleandi curam demandavit: sed ex posterioribus temporibus, ut ex paraphrasi ipsius deprehenditur, quae scatet

tet multis perperis interpretationibus, & à mente Justiniani alienis. Quod propediem (si Deus dederit) librô singulari animadversionum in eum auctorem factô ostensuri sumus.

THEOPHILUS in tit. de jur. nat. gent. & civil. Ait, *ex jure gentium esse*, γίνεσθαι δωρεὰς, διαθήκας συγγράφεσθαι, *fieri donationes, testamenta conscribi.*

CUJACIUS ad *tit. D. qui testament. facer. poss. in L. 1. & 3.*

Restat illa quaestio, utrùm testamentum sit juris gentium, an juris civilis. Juri gentium Theophilus adscribit in tit. de jur. naturali, *quod probo.*

CUJACIUS aliter in notis MS. Institution. ad *titul. de verbor. obligationib.* in V. *Utrùm autem latinâ.*

Ex hoc loco apparet, stipulationem non esse juris civilis: nam quae juris civilis sunt, civilibus tantùm, & Latinis verbis fieri possunt. Ut testamenta ante Theodosium Latinâ duntaxat linguâ fieri poterant, quoniam testamenta sunt à jure civili. In quo tamen Theophilus peccat, qui ea iuris gentium esse scribit in §. 1. de jur. naturali.

MERILLIUS.) Variantes ex notis MS. & insertis cum notis prioribus, & posterioribus Institutionum, aequè admittendas non putavimus; sed tamen hanc admitti placuit ex MS. quia saepe incidit quaestio illa, an testamentum sit origine juris gentium, vel juris civilis. Et Viglius Zuichemus, qui Theophilum edendum curaverat, ad *tit. Instit. de testament. ordinand.* auctoritate Theophili ductus nullam hodie dubitationem superesse ait, quin testamentum sit juris gentium. Cujacius Viglium secutus fuerat ad *tit. D. qui testam. facer. poss.* sed postea aliter sensit, (& quidem veriùs) testamentum esse juris civilis; Idque probavimus satis *lib.8. observat. cap. 25.* Adjicimus, Romanos ea, quae sunt origine juris gentium, peregrinis facilè concessisse; ut jus connubii, jus commercii: non tamen jus testamenti faciendi, quasi id fuerit meri juris civilis. Et hoc unum Romanorum filii sibi concedi optabant, ne à jure testamenti supremive elogii condendi repellerentur, ut auctor est Lucianus in Nigrino.

THEOPHILUS in §. sunt autem. Institution. de bonorum possessionib. πέμπτην ἐπηγγείλατο τὴν tanquam ex familia: *Quintam pollicitus est tanquam ex familia.*

Ita Latina verba retulit Theophilus, quòd ea bonorum possessio diceretur *tanquam ex familia.*

CUJACIUS in not. ad lib. sing. Regul. Ulpiani *tit. 28. de possess. dand.*

Quarto familiae, id est, agnatis patroni. Haec dicitur Tum quem ex familia: *sic enim lego in Institut. Justiniani.* Eamque lectionem tuetur in notis prioribus instit. in d. §. *sunt autem.*

Sed expressim rejicit Theophilum in recitationib. ad *tit. de actionib. in §. aequè.*

Idem Theophilus in tit. de bonor. possess. *communem errorem sequitur; nam bono-*

bonorum possessionem, *Tum quem ex familia, tanquam ex familia appellat.*
Idem CUJACIUS lib. 20. observat. cap. 34.
Existentibus agnatis, sive familiâ patronorum, quae vocatur ex quinta, non poterant patroni venire ex sexta: sed deficiente tantùm familiâ patronorum, cui deferebatur ex quinta, bonorum possessio tum quem ex familia; *vel ut alii legunt in Institut.* tanquam ex familia.

MERILLIUS.) Ad *tit. de actionib.* errorem Theophili esse existimat, qui legerat, *tanquam ex familia*: & *lib. 20. observat. cap.* 34. eam lectionem non improbat; & quidem improbare non debuit. Tum quia apud Theophilum, & in plerisque codicibus reperitur. Tum quia ad eam bonorum possessionem agnati patroni vocabantur, tanquam ex familia patroni.

Variationes quaedam Cujacii observatae à Guillelmo Marrano Antecessore Tolosano in Paratitlis Digestorum.

CAPUT III.

GUILLELMUS MARRANUS fuerat auditor Cujacii in Academiâ Valentina: eum Antecessorem Academiae Tholosanae mihi audiisse contigit, virum sanè non operâ perlusoriâ, sed anxiâ diligentiâ jus Civile exponentem. Monebat saepe auditores suos, ut nullius auctoritate, ac ne suâ quidem, à vero se abduci paterentur: & tum solùm dictis, scriptisve assensionem praeberent, cum accuratè expendissent. Atque ita optimi quique censuerunt. Strabo elegantissimè *lib. 2. Geogr.* οὐ θαυμαστὸν δὲ εἰ πιστοῦ γίνεταί τι πιστότερον, καὶ εἰ τῷ αὐτῷ ἐν ἑτέροις μὲν πιστεύομεν, ἐν ἑτέροις δ' ἀπιστοῦμεν· ὅταν παρά τινος τεθῇ τι βεβαιότερον. *Non mirum, si credibili est aliquid credibilius, & si eidem in aliis fidem habemus, in aliis non habemus, quando ab alio ponitur quid firmius*. Aristides in *Oratione Platonica pro Rhetorica*: Οἱ φιλοσοφεῖν λεγόμενοι, οὐ τοῖς αὐτοῖς ἅπαντες δήπου λόγοις χρῶνται, ἀλλὰ τοῖς ἐναντιωτάτοις ἀλλήλοις. *Qui dicuntur philosophari, non iisdem omnes profectò rationibus utuntur, sed maximè contrariis inter se*. Postea subjicit, *Apud eos, qui veritatem assequuntur, philosophiam esse rem praeclaram, nec sibi contrariam*. Et hoc quidem aptius multò de Jurisprudentia dici debeat, manere Jurisprudentiam rem praeclaram, nec sibi contrariam; licèt variae rationes in hanc, aut illam sententiam proferantur. Ideo Guillelmus Marranus in Paratit. varias quasdam interpretationes Cujacii referre voluit; cujus monitô, & exemplô nos alias supra retulimus.

GUIL-

GUILLELMUS MARRANUS in Paratit. Digest. ad tit. *In jus vocati ut eant*.

Placet enim Joannis sententia, quam refert Glossa ad d. L. 2. *ut necessarias personas intelligamus, non in jus vocantis, sed fidejussoris. Ut sic hoc edictum distet ab eo, quod proponitur* L. 2. §. Praetor. qui satisd. cogant. *infra. Quam sententiam agnovit etiam Cujacius d.* §. sed haec hodie. de satisdationib. in prioribus not. *Quam tamen mutavit in* Paratit. hujus tit. *& d.* tit. qui satisd. cogant.

Idem in Paratit. Digest. *qui satisd. cogant.*

Nonnulli verè liberantur à fidejussoria datione, sed tamen juratò promittunt, ut illustres. L. penult. Cod. de dignitatib. *memoriales*. L. in sacris. 3. Cod. de proxim. sacror. scrinior. *& quandoque, qui fidejussorem non possunt invenire.* Novell. 12. de litig. cap. 2. ad excludendas. collat. 8. *& generaliter rerum immobilium possessores, qui satisdare non compelluntur,* L. penult. hoc tit. *sed juratò tamen promittunt, ut rectè Glossa in eâ lege concludit, ex d.* L. in sacris, *illis verbis*, ut & si non possideant immobilem substantiam, *& ex* L. ult. Cod. de princip. agent. in reb. *in qua hoc juris communis esse significatur, illis verbis*, ut pro tenore generalium dictorum; *quam etiam sententiam probat Cujacius* Novell. 53. de exhibend. reis, collat. 5. *licèt in Paratit. hujus tit. nescio quomodo scripserit, rerum immobilium possessores repromittere tantùm; quod & alii crediderunt.*

Idem in Paratit. Digestor. *usufructuar. quemadm. cav.*

Superest tantùm, ut inquiramus, cujus generis sit haec stipulatio; nam Cujacius in hoc Paratit. facit praetoriam, & similiter ad L. penult. hoc tit. *Quod apertè probatur* L. 1. *in princip.* L. 5. huic stipulationi. §. 1. hoc tit. *& tamen idem ipse judicialem facit, hoc est, diversam speciem, ad* L. 10. hoc tit. *Quod etiam apertè probatur* L. 13. si cujus, *in princip. sup.* de usufruct. *ubi nominatim dicitur hanc satisdationem officio judicis interponi. Quid igitur dicemus? nempè hanc stipulationem esse communem, quales aliae quoque sunt*. §. ult. de divis. stipulat. Instit. *&* L. 5. §. communes. de verbor. obligat. *infrà*.

Idem in Paratit. Digest. *de rit. nuptiar.*

Nam etsi Theophilus in princip. de patr. potestat. *dicat Latinos, pro eo quod Graeci γάμον dicunt, duo habere vocabula*, nuptias, & matrimonium: *& Cujacius hic idem ferè scribat. Tamen magis placet, quod idem Cujacius tandem advertit in posteriorib. not. ad princip.* tit. de patr. potestat. *ut aliquid intersit inter haec duo: quod observavit ex* L. 10. & 11. hoc tit. *& ex* §. si adversus. Instit. de nupt. *ut scilicet matrimonium sit nomen generis, quo & ipsae nuptiae, & matrimonium specialiter dictum continentur; & consequenter nuptiae sine matrimonio esse non possint, matrimonium verò sine nuptiis esse possit.*

Idem in Paratit. Digest. *de tutorib. & curat. dat.*

Sed dubitatur, an magistratus municipales ultrò tutores dare potuerint, id est, etiam injussu Praesidum; & quum jus dandi tutores illis datum esse dicatur, d. L. 3. L. 19. *in princip. & fin.* hoc tit. *puto hoc illos spontè suâ*

suâ potuisse. Nam si jussum expectandum sit, non tam jus dandi illis concessum, quàm necessitas imposita videretur. Glossa tamen in L. ult. hoc tit. *putat jussum Praesidis praecedere debere; cujus sententia probatur.* L. 24. hoc tit. L. 46. §. cum testamento. *inf.* de administrat. & pericul. tutor. *&* §. sed hoc jure. de Attil. tutor. Institut. *ubi magistratus jussu Praesidum tutores creant, si non sint magnae pupilli facultates. Et ex nova Justiniani constitutione, quae ibi citatur, nec exspectata jussione Praesidum. Sed Cujacius, qui contra sentit, dupliciter hunc nodum solvit ad* §. sed hoc jure: *in prioribus enim ait, hoc jus etiam injussu Praesidis datum initiò fuisse magistratibus, sed aliud jus postea usu obtinuisse. Quod ostendunt verba illa d.* §. Sed hoc jure utimur: *ut contrarium illa in d.* L. 3. hoc tit. eoque jure utimur. *Nempe ut usus circa hoc jus fuerit variatus. In posterioribus autem ait, hoc quidem jus magistratibus datum fuisse, vim tamen illos id usurpasse injussu Praesidum; ut nec alia, quae ibi memorat, quae illis tamen similiter data essent.*

Idem in Paratit. Digestor. *de conditionib. & demonstrationib.*

Incipiamus ergo à conditione, cujus definitiones octo Dn. Cujacius variis locis nobis proposuit. Et postea.

Secunda ejus definitio sic habet, Conditio est futurus eventus, qui in dubio est, sit, an non sit. *Quae in eo videtur vitiosa, quòd eventum pro genere ponat. Nam quùm conditiones in eventum conferri dicantur.* L. 79. hoc tit. *&* §. sin autem aliquid. Cod. de caduc. tollend. *manifestum est, aliud conditionem esse, aliud id, in quod confertur, id est, eventum.* Et postea.

Non est omittendum, quod me studiosi quidam admonuerunt, Dn. Cujacium ipsum ad L. 71. hoc tit. lib. 17. Quaest. Papiniani, *improbasse secundam suam definitionem*: quia quodcumque futurum est, *inquit*, etiam si non sit positum in conditione, eventus tamen futurus est. *Hoc est, quod ante diximus, quia definitio non possit converti cum suo definito. Addit*, & quia omnis conditio in eventum non conferatur, sed quaedam in potestate personae collocentur. L. 60. L. 78. §. ult. hoc tit. Et postea.

Denique videri etiam ipsum tacitè improbasse primam suam definitionem, & pro ex pacto, *emendasse* ex post facto, *in posterioribus editionibus Paratit. Digestor. & ad d.* L. 37. *supra*, de reb. credit. *lib.* 1. *definitionum Papiniani. Nam in priori editione Paratit. apud Rovillium anno* 1570. *& in eâ, quam omnium suorum operum Cujacius ipse repetitâ praelectione apud Nivellium procuravit anno* 1577. *constanter excusum est*, ex pacto. *Neque in erratorum correctione quidquam emendatum. Quae definitio ita interpolata tolerabilior multò est, quamquàm adhuc vitiosa.*

Idem in Paratit. *ad SCtum Trebellianum.*

Nec enim placere nobis potest Dn. Cujacii ad illum Pauli locum, distinctio inter SCtum Pegasianum, & Trebellianum; ut nempe qui restituit ex hoc, quartae non retentae repetitionem habeat, quia ignorans solvit; qui ex illo, non habeat, quia sciens restituit. Et postea.

Nec verò alia distinctio videtur nobis inquirenda, quàm quae ab ipsis

juris

juris auctoribus proponitur ; cum quibus duas constituo regulas. Prima est id, quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si per errorem facti solutum est, repeti posse. L. 9. ad leg. Falcid. L. 7. C. de condict. indebit. L. 9. §. penult. & ult. *supra*, de juris, & fact. ignorant. *&* d. §. si quis rogatus, *in fin. & d.* §. sed quia stipulationes : *quem Dn. Cujacius in posterioribus Glossam secutus intelligit secundùm praedictam regulam.*

Idem in Paratit. *D. de bonor. possessionib.*

Sequitur quinta, in cujus appellatione variant veteres MSti libri ; ut annotatum est §. sunt autem : Institut. hoc tit. *in editione Russardi, & Charondae, & à Dn. Cujacio ad eundem* §. *in prioribus notis. In quibus, ut etiam in posterioribus, & etiam apud Ulpianum* tit. 28. *asserit legendum*, cum quem ex familia, *quasi ea fuerint prima edicti verba : argumentò* L. 1. & 4. und. legit. & L. 227. D. de verbor. significat. *infra : quanquam vulgò, & apud Theophilum legatur*, tanquam ex familia. *Unde & ipse Dn. Cujacius d.* cap. 34. lib. 20. observationum, *videtur dubitasse, quae potior esset lectio, illudque in medio reliquisse. Ego verò existimo, à Theophili, & vulgatâ lectione non esse recedendum.*

Idem in Paratit. *de bonor. possess. furios. infant. mut. surd.*

Nam beneficii loco bonorum possessiones haberi apparet, etiam ex L. 6. §. 1. *sup.* de bonor. possess. *& ex d.* §. ult. Instit. eod. *in quo tamen pro*, earum beneficium, *Dn. Cujacius in Prioribus, & Russardus maluerunt legere*, eorum beneficium, *hoc est, Principum ; contra vulgatam, & Theophili lectionem, quam tandem Dn. Cujacius secutus est in edition. Institut.*

Idem in Paratit. *de bonor. possess. contra tabul.*

In testamento nullo, si filius praeteritus patris se bonis abstineat, nam tunc etiam scriptus heres bonorum possessionem similiter obtinebit. L. 17. D. de injust. rupt. *supra : ubi summè notandum, quod ait glossa ultima, testamentum filii praeteritione nullum intelligi, si ipse dicere velit nullum ; non si taceat, hoc est, si jus suum spernat. Illi igitur licèt subtilitas juris refragari videatur ; attamen voluntas testatoris ex aequo, & bono tuebitur, inquit d.* L. *nempe beneficiò bonorum possessionis secundùm tabulas. Quod etiam existimavit rectè Dn. Cujacius ad illam legem in Commentariis illius* tit. de injust. rupt. *qui tamen sententiam mutavit lib.* 5. *Respons. Papin. ad eandem* L. *ibi enim existimat intelligendum, voluntatem sustineri jure civili*, quia jure Praetorio dubium non est, *inquit*, quin heredi scripto detur bonorum possessio secundùm tabulas, etiamsi filius praeteritus sit ; modò testamentum sit obsignatum septem testium signis. *Sed prior sententia videtur verior.*

MERILLIUS.) Nota, priorem sententiam probari, & posteriorem rejici.

Idem **GUILLELMUS MARRANUS** in Parat. *Unde cognat.*

Consanguinitas species est agnationis, atque ideo juris nomen. d. §. vulgò. *Quà ratione & adoptione quaeritur.* L. 44. si is, qui, *sup.* de adoptionib.

nib. *non jus sanguinis* . d. L. 23. qui in adopt. d. tit. *& emancipatione quoque tollitur* , *ut rectè Dñ. Cujacius* lib. 6. observationum, cap. 17. & Novell. 84. *Atque hoc jus* , *ut jus omne agnationis à patre oritur* . L. 4. hoc tit. *fraternitas nempe* . L. 3. C. de legit. tutel. *ex eodem patre*. §. 1. de legit. agnator. success. Institut. & d. L. 44. & *haec est propria consanguinitatis appellatio* , *quam ideo nullo in loco aliter usurpari* , *Dñ. Cujacius asseverat* ad tit. de legit. agnator. success. *in priorib. not. Quanquam tamen ipse deinde observaverit* , *pro cognatione generaliter accipi* . L. unic. de imponend. lucrat. descript. lib. 10. Cod.

Idem in Paratit. *de suis* , & *legit. hered.*

Nepotes ergò , *patre qui sint in potestate vivente* , *legitimi quidem liberi avo sunt* , *non tamen sui* : *quod & de ceteris deinceps similiter dicendum est*. *Quâ tamen in re Dñ. Cujacius.* d. tit. de suis, & legit. lib. Cod. *in Paratit.* & *sibi ipsi* , & *vero contradicit* . *Nam postquam rectè docuit* , *non omnes legitimos liberos* , *suos quoque esse* : *subjicit tamen eos* , *qui non sunt sui liberi* , *nec legitimos esse* . *Cui rectè consequens est* , *omnes* , *qui legitimi liberi sint* , *suos quoque necessariò esse oportere* . *Cujus posterioris sententiae argumentum malè ducit* ex L. 7. scripto. *sup.* si tab. testam. nullae extab.

Quaedam aliae Variationes Cujacii ab aliis observatae.

CAPUT IV.

STudiosi quidam nostri, dum exponeremus Variantes Interpretationes ex Cujacio, monuerunt, se & quasdam observasse, & symbolum suum conferre voluerunt. Unde credo, illos, qui posthâc alias observarint, non fore asymbolos.

CUJACIUS in Paratit. Digest. *de contrahend. empt.*

Emptio est conventio nuda , *quâ id agitur* , *ut rei tradendae dominium in accipientem transeat* , *datô certô pretiô.*

Idem CUJACIUS in Paratit. Cod. *de contrahend. empt.*

Est autem emptio contractus , *quo id agitur* , *ut datô certô pretiô sumat quis ab alio corpus* , *vel jus* , *quod vindicet sibi.*

MERILLIUS.) In Paratit. Digestor. emptionem definivit *conventionem nudam* , in Paratit. Cod. *contractum* , quod quidem rectius est. Est enim emptio contractus, non nuda conventio ; licèt nudâ conventione

tione contrahatur, ut ostendimus *lib. 3. observationum, cap. 28.*

CUJACIUS ad lib. 3. sentent. Pauli, *tit. ult. ad leg. Falcid.*

Haec verò quarta an etiam sit ex lege Falcidia (ut quidam opinantur) mihi nondum satis liquet, an verò ex lege Glicia; nec magis ex constitutione D. Marci, cujus meminimus lib. 3. observat. cap. 8.

Idem CUJACIUS lib. 2. observat. cap. 21. non satis constanter asserit, querelam inofficiosi lege Gliciâ introductam fuisse.

Idem CUJACIUS lib. 3. observat. cap. 8.

Querelam inofficiosi testamenti, quae (ut probabiliter dici posse ostendimus lib. 2.) *lege Glicia inducta est, excludi relictò debitae ab intestato portionis quadrante, nemo est, qui nesciat.*

Idem CUJACIUS lib. 14. observat. cap. 14.

Querelam inofficiosi testamenti esse ex antiquissima lege Glicia, conjicere licet ex inscriptione L. 4. D. de inoffícios. testament. *quae dandae querelae rationem reddit, legis Gliciae ferendae rationem reddere videtur; & ne quem decipiant insomnia nescio cujus, neve mei tacentis modestiam in conscientiam ducat, scripsi latam fortè à Glicia Dictatore. Non negavi igitur, quin fortè à Consule, vel Praetore ejusdem nominis, sive cognominis.*

MERILLIUS.) Non satis constanter dixerat in notis ad Paulum, querelam inofficiosi testamenti lege Gliciâ introductam fuisse: quod tamen asseverat *lib. 14. observationum, cap. 14.* ubi cum ait, *ne decipiant insomnia nescio cujus*, Jacobum Raevardum intelligere voluit.

CUJACIUS in Paratit. Digestor. ad *tit. de reb. credit.*

Pignoratitia igitur, & commodati, & depositi, condictiones non sunt, quia possessionem naturalem revocant. L. videamus. §. si possessionem. D. de usuris; *id est, non dari, sed restitui oportere intendunt: sed neque ex horum contractuum causa condictio competit.*

Idem CUJACIUS tractat. 2. ad Africanum *in L. si filiofamilias. 23. D. de mort. caus. donat.*

Conjunctâ utriusque scholae sententiâ factum est, ut opinor, ut sit in arbitrio donatoris, an condictione rem donatam revocet, quasi re non sequutâ an utili actione, quasi tacitò jure ad se dominium redierit, vel à se nunquam discesserit. L. 30. hoc tit. *ea enim in rem actio, utilis in rem actio est.* L. 14. & 29. hoc tit. *quae, & in factum actio appellatur.* L. 18. §. 1. hoc tit. *haec verò non sunt pugnantia, nemo rem suam condicit; omnis rem suam quasi alienam condicit, si condicere eam, quàm vindicare malit.*

MERILLIUS.) Negat in Paratit. Digestor. condictionem ex re nostra competere, neque ex deposito, aut pignore, aut commodato nasci condictionem: sed tamen ad Africanum admittit, ex re nostra, quaeque in dominio nostro remansit, competere condictionem; si quis con-

dicere, quàm vindicare malit. Quod verius est; non ut certi condictio veluti ex mutuo competat, sed condictio vel ob rem dati, vel condictio ob injustam causam. *L. 4. §. res pignori. D. de reb. credit.* vel condictio sine causa. *L. si & me. 32. D. eod. tit. de reb. credit.*

CUJACIUS lib. 17. observat. cap. 22.

Legatum relictum sub conditione, si L. Titio nupserit, non debetur, si post mortem testatoris moriatur ante nuptias contractas. L. 4. C. de condit. insert. *quia conditio defecisse intelligitur, sive impleri eam testator voluerit post mortem, sive non satis egerit quando impleretur*. L. 10. & L. conditionum. D. de conditionib. & demonstrat. *cum eo tempore, quo maximè impleri debuit, non fuerit impleta, nec per L. Titium steterit, quominus impleretur*. Et postea.

Si post mortem testatoris moriatur L. Titius, sic accepta d. L. 4. ut L. in testamento, 2. D. de conditionib. & demonstration. *Nam si vivò testatore moriatur L. Titius, & testator voluerit post mortem suam conditionem impleri, legatum debetur*. L. qui ex fratribus. D. de conditionib. institut.

Idem CUJACIUS tractat. 2. ad Africanum, in *L. in testamento. 31. D. de conditionib. & demonstrat.*

Cur Pamphila videtur defecta conditione, quum per eam non steterit, quominus impleretur? Quia matrimonii contemplatione legavit testator alteri propter alterum, & fata matrimonium impediverunt. Nam & ita si libertis legata sint alimenta sub conditione, si cum filio morarentur; non tam libertorum, quàm filii causa perimitur legatum. L. illis libertis, hoc tit. *Aliàs si utilitatem tantùm legatarii spectavit testator, mors alterius conditioni finem, aut impedimentum adferens, legatum non perimit*. Et postea.

Vel potiùs adhibenda distinctio tradita. Observat. 17. cap. 22.

MERILLIUS.) Distinguit in libris observationum, an legatarius post mortem testatoris, vel vivô testatore moriatur: & ad *Africanum*, an legatum ad legatarii, vel alterius utilitatem legaverit: quae distinctio potiùs videtur admittenda.

CUJACIUS ad *tit. D. pro empt. in L. 2. § si à furioso*.

Quod ergo dicitur hoc in loco, nec Publiciana competit, *à jure civili abhorret, ac (nisi me fallo) spurium, supposititiumque est; neque id Graecus interpres Constantinus agnovit*.

Idem CUJACIUS lib. 16. observat. cap. 29.

In L. pro emptore. §. si à furioso. D. pro empt. *fateor, quod non habet Harmenopulus, habere Basilica*. lib. 50. tit. 4. nec Publiciana competit. *Nec tamen hanc lectionem ita tueor, ut ponam differentiam inter extraneum, & furiosum possessorem, ne obstet* L. sed & si res. §. Marcellus. D. de Publ. in rem act.

CU-

CUJACIUS lib. 8. observationum, cap. 24.

Merè poenalis si concurrat cum rei persecutoria, altera alteram non tollit; ut actio furti non tollit condictionem furtivam, vel actionem pro socio: & è contrario, per mistam omnimodò tollitur rei persecutoria.

Idem CUJACIUS in recitationib. ad *tit. de obligat. & actionib. in L. qui servum*. 34. §. 1.

Si prius egero commodati, deinde agam condictione furtivâ, quae stricti judicii actio est, non summoveor; nisi exceptione doli mali oppositâ. Et hoc discrimen in hac ipsa specie invenio fecisse Javolenum in L. si is, qui. 71. D. de furtis, *si modò in eâ, ut oporteret, actionem furti accipias non pro ea, quae poenam persequitur, sed pro condictione furtiva, quae rem persequitur.*

MERILLIUS.) *Lib.* 8. *observationum* ait, non tolli actionem bonae fidei, veluti actionem pro socio, condictione furtivâ, & contra; & ad *tit. de obligat. & action.* ait, tolli exceptione doli mali oppositâ condictionem furtivam, si quis egerit actione commodati; quod est verius.

CUJACIUS ad lib. singul. Regul. Ulpiani, *titul.* 25. *de fideicommiss.*

Quae sunt juris civilis, Latinè; quae juris gentium, qualibet linguâ. L. an inutilis, *in fine*. D. de acceptilat. *Testamenta igitur Latinè fiunt*. Et postea: *si quandoque contendas, stipulationem esse juris gentium, haec verè mascula erit ratio; nam stipulatio qualibet linguâ semper fieri potuit.*

Idem CUJACIUS ad *titul. de verbor. obligationib. in L.* 1. §. *eadem*.

Stipulatio quacumque linguâ fieri potest: videtur ergo esse juris gentium contractus. L. an inutilis. §. 1. D. de acceptilat. *in illo loco*, & ideo. *Verius tamen est stipulationem juris civilis cautionem esse.*

Idem CUJACIUS in recitationib. ad *tit. de Justit. & jur. in L.* 5. sub finem.

Stipulatio quoque est ex jure civili: qui hoc negat, incidit in salebras: est cautio inventa à jure civili. Sed quod summè notandum, hodie stipulatio videtur esse juris gentium, ut dicitur de acceptilatione in L. an inutilis. §. ultim. de acceptilatione. L. 4. de transactionib. hoc jure nos uti, ut acceptilatio sit juris gentium. *Ex quo intelligitur, (& id est, quod censeo notandum) pleraque transisse in jus gentium, quae initio civilia fuerant.*

MERILLIUS.) In ea quaestione, an stipulatio sit juris civilis, vel juris gentium, satius est dicere, stipulationem esse juris civilis, & à jure civili inventam. *L.* 5. *D. de justit. & jur.* & ab initio non nisi

La-

Latinis verbis fieri potuisse. Postea tamen in mores gentium, quae Pop. Romano subditae fuerant, transiisse; & ex eo tempore quacumque linguâ fieri potuisse.

FINIS PARTIS SECUNDAE.

AUCTORUM, QUIBUS OPUS ILLUSTRATUM EST, POTIORES HÎC LOCI NOTANTUR.

Numeri, signo ✻ praeposito, librum singularem Differentiarum juris Julii Pauli designant.

Fa-

Pe-

Ta-

IN-

INSIGNIORES JURIS LOCI,

Qui in Emundi Merillii libris laudantur, aut illuſtrantur.

Signum ✱ numeros praecedens Julii Pauli librum ſingularem notat.

Ex libris Digeſtorum.

Ad-

Con-

leg.

M.

N.

O.

Q.

R.

leg.

S.

Sta-

EX LIBRIS

Codicis Justinianaei.

A.

C.

D.

E.

F.

Pro-

EX LIBRIS QUATUOR

Institutionum Justiniani.

C Le-

EX NOVELLIS JUSTINIANI.

EX NOVELLIS LEONIS.

EX CODICE THEODOSIANO.

Re

EX NOVELLIS THEODOSII.

EX JURE PONTIFICIO.

INDEX

RERUM, ET VERBORUM.

Numeris post signum ✻ positis, liber singularis Julii Pauli demonstratur.

eum

Col-

D.

Di-

F.

Ga-

Ius-

L.

Libe-

M

Ma-

Mona-

P.

Prae-

Q.

R.

S.

Se-

Sti-

Ale-

V.

ta